



العذر وأثره في

عقود المعاوضات المالية

في الفقه الإسلامي



الدكتور

قذافي عزات الغنائم

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس

www.moswarat.com

العذر وأثره في

عقود المعاوضات المالية

في الفقه الإسلامي

حقوق الطبع محفوظة

١٤٢٨ هـ - ٢٠٠٨ م

الطبعة الأولى



دار النفايس

للنشر والتوزيع - الأردن

العبدلي / مقابل مركز جوهرة القدس

ص.ب ٩٢٧٥١١ عمان ١١١٩٠ الأردن

هاتف : ٥٦٩٣٩٤٠ ٦ ٩٦٢٢٠٠

فاكس : ٥٦٩٣٩٤١ ٦ ٩٦٢٢٠٠

Email: ALNAFAES@HOTMAIL.COM

www.al-nafaes.com

العذر وأثره في
عقود المعاوضات المالية
في الفقه الإسلامي

إعداد
الدكتور قذافي عزات الغناني



دار النفائس
للنشر والتوزيع

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

التهنئة

إلى أبي وأمي العزيزين اللذين قدّما لي الغالي والنفيس من أجل بلوغ المرام في جهدي المتواضع هذا .

إلى أخوتي، وأخص أخي محمدًا الذي قدّم لي يد العون والمساعدة في مراحل دراسي كافة .

إلى مروحي أختي الطاهرة شوق .

إلى مرفيقا المدرب والدراسة عماد الزبادات، وعلي السليحات

إلى الأخ محمود فؤاد .

إلى كل من قدّم لي يد العون والمساعدة إلى أن خرجت رسالتي على صورتها هذه .

أهدي رسالتي

قدافي عزّات عبدالمهدي الغنّانيم

الشكر

يتقدم الباحث من الدكتور عبدالله إبراهيم الكيلاني - حفظه الله تعالى - المشرف على هذه الرسالة بجزيل الشكر، وفائق الامتنان لما بذله من جهد كبير في المتابعة المستمرة، وإبداء النصيح، والإرشاد، والتوجيه، والرأي السديد في معالجة قضايا هذه الرسالة، الأمر الذي مكّني من إخراجها على هذه الحال؛ فله مني كل الشكر، والتقدير والاحترام.

كما يتقدم الباحث من أعضاء لجنة المناقشة، الأستاذ الدكتور محمد أبو يحيى، والأستاذ الدكتور محمد علقة الإبراهيم، والدكتور عبدالمجيد الصلاحين، بجزيل الشكر والعرفان على قبولهم مناقشة هذه الرسالة.

قذافي عزات عبدالهادي الغنائيم

الملخص

حاولت الدراسة في معالجة قضايا العذر الطارئ، وأثره في عقود المعاوضات المالية في الفقه الإسلامي؛ فحددت في فصلها التمهيدي مفهوم العقد، وتقسيماته المختلفة، ومفهوم المعاوضة، وأنواعها، وأهمية الأخذ بمبدأ العذر الطارئ في عقود المعاوضات المالية.

أما في فصلها الأول؛ فأخذت الدراسة منحى التأصيل الفقهي من حيث بيان مفهوم العذر الطارئ، وصلته بمبدأ الضرورة، والتعسف، والجوائح، وبيان أنواعه، ومجال تطبيقه في العقد، والأساس الذي ينهض بمشروعيته، ومؤيدات ذلك، وشروطه، وضوابطه ومعايره.

أما في فصلها الثاني؛ فعالجت تطبيقات مبدأ العذر الطارئ (عقد الإجارة، والمزارعة، والمساقاة، والمقاوله، والتوريد)، وبينت مدى سريان أحكامه عليها، والأثر الذي يترتب على ذلك.

أما الفصل الثالث؛ فورد فيه بيان حقيقة الظروف الطارئة في القانون الوضعي، وصلته بالقوة القاهرة، وبيان مجال تطبيقها، وشروطها، والآثار المترتبة على اعتبارها، وأوجه الاتفاق والاختلاف بينها وبين مبدأ العذر الطارئ في الفقه الإسلامي، ومدى صلاحية مبدأ العذر الطارئ أساساً لنظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي.

أما الخاتمة؛ فتضمنت أهم نتائج البحث.

مُقَدِّمَةٌ

الحمد لله ربّ العالمين، والصلاة والسلام على سيدنا محمد خاتم الأنبياء والمرسلين، وعلى آله وصحبه، ومن اتبعه بإحسان إلى يوم الدين، وبعد:

فإنّ التشريع الإسلامي شرع العقود وسائل لغاياتها ومقاصدها من أجل تحصيل مصالح العباد الحاجية، وجعل قوامها الوفاء، امثالاً لقوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١]، وأساسها المساواة، والتوازن في الحقوق والواجبات بين المتعاقدين ابتداءً وانتهاءً.

ودلالة ذلك، أنّ التشريع الإسلامي كان حريصاً على توفير مبدأ الرضا في العقود بين المتعاقدين.

ولكن قد تفقد العقود قوامها، وأساسها بسبب تغير ظروف العقد التي أبرم في ظلها؛ فلا يستطيع المدين الإيفاء بالالتزامات المالية المتفق عليها في العقد إلا بتحمل ضرر زائد ناشئ عن تلك الظروف، غير مستحق في أصل التزامه.

ومن هنا، أوجد التشريع الإسلامي الطرق المناسبة لحل الرابطة العقدية بين المتعاقدين في أيّ ظرف كان؛ فسوغ الأخذ بمبدأ العذر الطارئ، كوسيلة من الوسائل التي ينقضي بها الالتزام في حالة تعذر الاستمرار على موجب العقد إلا بتحمل ضرر زائد ناشئ عن الظروف الجديدة، وذلك بما يتفق ومباني العدل فيه. وهذا ما سيأتي بيانه في أثناء الدراسة بالتفصيل.

موضوع الدراسة وأهميتها:

العدر وأثره في عقود المعاوضات المالية في الفقه الإسلامي، وهو موضوع فقهي بحثه الحنفية في عقد الإجارة بتفصيل أكثر من غيره من العقود، مما برزت معالمه في الالتزام الإيجاري، وجعلت باقي العقود تطبيقاً له.

وقد حاول الحنفية من خلال بسط جزئياته للبحث والدراسة إرساء أسس وقواعد للعدر الطارئ لمواجهة الاختلالات التي تحصل في ذلك الالتزام مما لا علاقة لأي من المتعاقدين به، ووضع الحنفية الحلول المناسبة لذلك بناء على الفهم العميق لأصول التشريع ومقاصده العامة، الدالة على منطقته منذ نشأته التي تظهر بجلاء من خلال تطبيقاته التي سترد في أثناء البحث.

وكما أن الدراسة ستقوم على عقد مقارنة بين العذر الطارئ، ونظرية الظروف الطارئة في القانون الوضعي التي تبين معالم كل منهما، وتضع هذه الدراسة الأساس النظري للعدر الطارئ من خلال البناء الهيكلي التنظيمي له، وذلك بالاستعانة بتلك الجزئيات المثبوتة في مصادرها الفقهية التي بدورها عاجلت قضية تغير الظروف التي تطرأ على العقد بعد إبرامه، وقبل تمام تنفيذه مما يخل باقتصاديات العقد.

ومن خلال هذا البناء الفقهي يمكن تطبيق معايير على ما يناظره من عقود، وهو بدوره يعدُّ تطبيقاً له.

وستحاول الدراسة الإجابة عن الأسئلة التالية:

- ١- هل للظروف الطارئة أساس في الفقه الإسلامي ؟
- ٢- هل للعدر الطارئ معالم وأسس في الفقه الإسلامي ؟
- ٣- هل هنالك تطبيقات للعدر الطارئ في الفقه الإسلامي ؟
- ٤- ما أثر العذر الطارئ على العقود التي شملها بمضمونه؟

٥- هل يصلح العذر الطارئ كأساس لبناء نظرية للظروف الطارئة ؟
٦- ما أوجه الاتفاق والاختلاف بين العذر الطارئ ونظرية الظروف الطارئة ؟
ومن خلال هذه التساؤلات تبرز أهمية الدراسة التي بدورها ستحاول معالجتها، مع استجلاء الصورة التطبيقية ذات الصلة والمساس به.
وتحتاج الدراسة إلى تأصيل فقهي للعذر الطارئ لبيان أركانه وشروطه ومعايره، بصورة شمولية وافية، للوقوف على تفاصيله في مظانه الفقهية.
وتتمثل مبررات الدراسة في الأمور التالية:

١- إنَّ العذر الطارئ لم يكتب له الظهور في مؤلف مستقل يعالج قضاياها، ويجمع شتاته وأجزائه الدقيقة، كما توافر ذلك لنظرية الجوائح، وتغير قيمة النقود، حيث وجد في كل واحد منهما مؤلف مستقل يعالج قضاياها، في حين لم يتوافر ذلك للعذر الطارئ، ومن هنا ظهرت الحاجة إلى هذه الدراسة.

٢- إنَّ الدراسات التي قامت ببحث العذر الطارئ، مرت عليه وكأنه جزئية بسيطة يحتاج إليها للتدليل على وجود نظرية للظروف الطارئة في الفقه الإسلامي، لا أكثر ولا أقل.

٣- بحثت الدراسات موضوع العذر الطارئ في مجال واحد، وهو عقد الإجارة وكأنه يختص به وحده، مما تطلب المزيد من البحث والدراسة لتوضيح نطاق تطبيقاته في مجال الالتزامات التعاقدية.

٤- إنَّ بحث موضوع العذر الطارئ جاء في أغلبه من خلال مؤلفات القانونيين، مما أفقده قوة البناء الفقهي، مما دعت الحاجة إلى الوقوف على حقيقته بصورة أكثر وضوحاً وشمولية.

٥- بيان مدى قدرة الفقه على الاستجابة لمقتضيات كل عصر وزمان بما يناسبه من أحكام وتشريعات وهذا ما يظهر من خلال العذر الطارئ وتطبيقاته.

ومن هنا كانت الدراسة مختلفة عن الدراسات السابقة، من حيث إنها تقوم على تأصيل الموضوع فقهياً، وبيان أركانه وشروطه ومعايره وتطبيقاته في مختلف العقود، مما يحدد ذلك معالم العذر الطارئ في الفقه الإسلامي، وهذا ما ميز الدراسة عن غيرها.

الدراسات السابقة :

تتمثل الدراسات السابقة ذات العلاقة بموضوع الدراسة، بما يلي:

- ١- النعيمي، فضل شاكر «نظرية الظروف الطارئة بين الشريعة والقانون» رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة بغداد، سنة ١٩٦٩م، حيث بين المؤلف الأساس الفقهي لنظرية الظروف الطارئة من خلال نظرية العذر في الفقه الحنفي.
- ٢- الترماني، عبد السلام «نظرية الظروف الطارئة»، دار الفكر، بيروت، حيث تعرض المؤلف إلى تطبيقات النظرية في الشريعة الإسلامية في القسم الثاني، وجاء بنظرية العذر كدالة على وجود أساس للنظرية في الفقه الإسلامي، وركز في هذا العرض على طرح صور من الأعذار التي تكون من جانب المؤجر تارة والمستأجر تارة أخرى.
- ٣- الزحيلي، وهبة «نظرية الضرورة الشرعية مقارنة مع القانون الوضعي»، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الرابعة (١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م)، عرض المؤلف في كتابه تاريخ نظرية الظروف الطارئة، والأساس الذي تقوم عليه، والنصوص القانونية في نظرية الظروف الطارئة من خلال القانون المدني السوري، وشروط تطبيق هذه النظرية، وعرض بإيجاز فسخ الإجارة بالأعذار.

٤- ناجي، غازي عبد الرحمن «التوازن الاقتصادي في العقد أثناء تنفيذه»، منشورات مركز البحوث القانونية، بغداد، سنة ١٩٨٦م، حيث أشار المؤلف بكلمات موجزة جداً إلى وجود نظرية للعدر الطارئ في الشريعة الإسلامية، وعرض التطبيقات القضائية لعقد المقاولة بإيجاز.

٥- بكير، نجيب محمد، بحث بعنوان «أثر الاستحالة النسبية على تنفيذ الالتزام»، بحث مقارنة بين نظرية الظروف الطارئة في القانون المصري والفقه الإسلامي ونظرية الاستحالة في القانون الانجليزي، مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية، السنة الخامسة والخمسون، ١٩٨٦م وهذا البحث لا يخرج عن سابقه من البحوث التي تمر على ذكر نظرية العذر في الفقه الإسلامي كأساس لنظرية الظروف الطارئة.

٦- عبد الرزاق، أحمد جلال، مقال في مجلة الهداية، بعنوان «فسخ عقد الإيجار أو تخفيض الأجرة للعذر أو الحوادث الطارئة في الفقه الإسلامي»، تصدر عن وزارة العدل والشؤون الإسلامية، دولة البحرين، العدد التاسع والعشرون بعد المائة، السنة الحادية عشرة (١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م)، والعدد الحادي والثلاثون بعد المائة، السنة الحادية عشرة (١٤٠٩هـ - ١٩٨٨م) والعدد الثاني والثلاثون بعد المائة، السنة الحادية عشرة (١٤٠٩هـ - ١٩٨٨م)، وهذا المقال جاء في ست صفحات، مما يعني ذلك أنه اتسم بالسطحية التامة، وكما أن المقال عرج على نظرية العذر الطارئ بصورة عامة، مما يؤكد ذلك ضرورة وضع هذا الموضوع موضع البحث.

٧- الزحيلي، وهبة، بحث بعنوان «عقود جديدة - عقد المقاولة، بيع الاسم التجاري والترخيص، التنازل عن المنفعة بمقابل»، نشر في مجلة الشريعة والقانون، وهي مجلة تصدرها جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية

الشريعة والقانون، العدد الثاني (١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م) حيث تعرض الباحث إلى أثر العذر الطارئ على عقد المقاولة بصورة سريعة لا تتجاوز السطرين، مما يدل ذلك على أن الموضوع ما زال بحاجة إلى البحث.

٨- الدريني، فتحي «نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي المقارن»، ورد في كتاب النظريات الفقهية، الطبعة الثانية (١٤١٠هـ - ١٩٩٠م)، حيث ركز الباحث في مضمون النظرية على أصول وأدلتها، مستنداً إلى الفلسفة الأصولية في ذلك، للتدليل على وجود نظرية للظروف الطارئة في الفقه الإسلامي، ولم يخص العذر الطارئ بالبحث وحده، وإنما تطرق إلى جميع مظان النظرية في أبوابها الفقهية المختلفة مما يعني ذلك، أنه ترك التفاصيل في ذلك إلى بحوث أخرى، كما أشار الباحث إلى ذلك في نهاية بحثه، مما يدل على أن البحث لم يستكمل بعد.

٩- قطناني، محمد مهدي، رسالة دكتوراه بعنوان «العدل في الشريعة الإسلامية وتطبيقاته في الفقه الإسلامي»، إشراف الأستاذ الدكتور محمد فتحي الدريني، الجامعة الأردنية، آذار، ١٩٩٦م، فقد تعرض الباحث إلى مظان نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي، وبدوره تعرض لنظرية العذر باعتبارها إحدى مظان النظرية، وكما أنه أتى بها على اعتبار أنها إحدى تطبيقات مبدأ العدل في الشريعة الإسلامية.

١٠- موافي، أحمد «الضرر في الفقه الإسلامي»، دار ابن عفان للنشر والتوزيع، السعودية، الطبعة الأولى، (١٤١٨هـ - ١٩٩٧م)، حيث وضع المؤلف من خلاله العلاقة بين الضرر ومبدأ فسخ العقد للعذر الطارئ.

١١- أحمد، خالد رضوان، رسالة ماجستير بعنوان «سلطة القاضي في تطبيق نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الأردني»، إشراف الدكتور غازي

أبو عرابي، مقدمة إلى الجامعة الأردنية سنة ١٩٩٧م، حيث تعرض الباحث في الباب الثاني الذي يحمل عنوان: «دور القاضي في تطبيق نظرية الظروف الطارئة»، في فصله الثاني: «فسخ العقد»، في مبحثه الأول: «فسخ عقد الإيجار بالعدر الطارئ»، إلى بيان وجود أساس للنظرية في الشريعة الإسلامية من خلال نظرية العذر، وتعرض في مبحثه الثاني: «فسخ عقد المقاول»، كتطبيق تشريعي للنظرية.

١٢- الثلب، يوسف، بحث بعنوان «الظروف الطارئة وأثرها على الالتزام العقدي في الفقه الإسلامي»، مجلة كلية الدعوة الإسلامية، تصدرها كلية الدعوة الإسلامية، الجماهيرية العربية الليبية، العدد الثامن، سنة ١٩٩٨م، جاء البحث مستعرضاً لمطابق نظرية الظروف الطارئة من خلال تطبيقاتها في الفقه الإسلامي، ومن هذه التطبيقات العذر، ولم تخرج هذه الدراسة عما سبقها.

١٣- عياد، مصطفى عبد الحميد، بحث بعنوان «أثر الجائحة على العقد في بيع الثمار في الشريعة الإسلامية»، مجلة الجامعة الإسلامية بغزة، المجلد السادس، العدد الثاني، ١٩٩٨م، حيث بين الباحث الخطوط العريضة في قضايا الجائحة، وأشار بصورة موجزة إلى مدى اعتبار بعض الجوائح من قبيل الأعذار.

هذا، والناظر في أثناء تلك الدراسات يجد أن دراسة العذر الطارئ في تلك الكتب والرسائل والبحوث جاءت في أغلبها على نمط واحد من العرض والبيان لا تختلف من حيث الجوهر والشكل عن بعضها البعض، وخاصة في مؤلفات ومصنفات القانونيين فيما يتعلق بالعذر الطارئ في الفقه الإسلامي مما ولد حاجة ماسة لدراسة هذا الموضوع من الوجهة الشرعية لبيان ركائزه بشمولية كافية.

منهجية البحث:

يمكن وصف أسلوب الدراسة والمنهج العلمي الذي سيتبع فيها بما يلي:

- ١- إنه منهج قائم على الاستقراء، والتحليل، والمقارنة يبدأ من تحديد مفهوم العذر الطارئ وضوابطه وشروطه ومعايره.
- ٢- حصر مواضيعه وتتبع أحكامه الفقهية الأخرى في مصادرها الأصلية للمذاهب الفقهية، ذاكراً آراء الفقهاء فيما يتعلق بخصوصه.
- ٣- أتبع ذلك الأدلة، ووجه الدلالة منها مع مناقشتها، والترجيح مع ذكر مؤيدات الترجيح.
- ٤- بيان مواطن الاتفاق والاختلاف بينهم لتحديد الحجم الحقيقي للخلاف في موضعه.
- ٥- محاولة الاستفادة من أدوات الفقه من أصول وقواعد وغيرها.
- ٦- يقوم البحث على إجراء المقارنة مع القانون الوضعي لبيان مدى التقارب والتباعد في قضايا البحث.
- ٧- يقوم البحث على عزو الآيات القرآنية.
- ٨- تخريج الأحاديث النبوية التي يرد ذكرها في هذا البحث حسب أصول التخريج.
- ٩- ترجمة الأعلام الذين استقلوا بأرائهم في مذهبهم.
- ١٠- يقوم البحث ببيان المفردات، والمصطلحات الغامضة التي يرد ذكرها في هذا البحث، إتماماً للفائدة، والنفع إن شاء الله.

الهيكل التنظيمي للبحث:

تمهيد: مدخل إلى العذر الطارئ في الفقه الإسلامي.

المبحث الأول: حقيقة عقود المعاوضات المالية.

المبحث الثاني: طرق انقضاء العقد في الفقه الإسلامي.

المبحث الثالث: أهمية الأخذ بمبدأ العذر الطارئ في عقود المعاوضات المالية في الفقه الإسلامي.

الفصل الأول: العذر الطارئ (حقيقته، وأنواعه، ومجالاته، وأأسسه، وشروطه وضوابطه).

المبحث الأول: حقيقة العذر الطارئ.

المبحث الثاني: الألفاظ ذات الصلة بالعذر الطارئ.

المطلب الأول: صلة العذر الطارئ بمبدأ الضرورة.

المطلب الثاني: صلة العذر الطارئ بمبدأ التعسف.

المطلب الثالث: صلة العذر الطارئ بمبدأ الجوائح.

المبحث الثالث: أنواع العذر الطارئ.

المبحث الرابع: مجال تطبيق العذر الطارئ في العقود.

المطلب الأول: العقود التي يدخلها مبدأ العذر الطارئ.

المطلب الثاني: العقود التي لا يدخلها مبدأ العذر الطارئ.

المبحث الخامس: الأسس العامة لمبدأ العذر الطارئ في الفقه الإسلامي، ومؤيدات ذلك.

المبحث السادس: شروط مبدأ العذر الطارئ وضوابطه ومعايره.

المطلب الأول: شروط تطبيق مبدأ العذر الطارئ.

المطلب الثاني: ضوابط مبدأ العذر الطارئ ومعايره.

الفصل الثاني: تطبيقات العذر الطارئ في عقود المعاوضات المالية.

المبحث الأول: أثر العذر الطارئ على الالتزام الايجاري.

المطلب الأول: تعريف الإجارة لغة واصطلاحاً.

المطلب الثاني: صفة عقد الإجارة.

المطلب الثالث: أثر العذر الطارئ على عقد الإجارة.

المطلب الرابع: الأعدار التي تفسخ بها الإجارة.

المطلب الخامس: الأعدار التي لا تعد أسباباً لفسخ الإجارة.

المطلب السادس: كيفية فسخ عقد الإجارة بالأعدار.

المبحث الثاني: أثر العذر الطارئ على عقد المزارعة.

المطلب الأول: تعريف المزارعة لغة واصطلاحاً.

المطلب الثاني: صفة عقد المزارعة من حيث اللزوم وعدمه.

المطلب الثالث: موقف الفقهاء من فسخ عقد المزارعة بالعذر الطارئ.

المطلب الرابع: أنواع العذر الطارئ الموجبة لفسخ عقد المزارعة.

المبحث الثالث: أثر العذر الطارئ على عقد المساقاة.

المطلب الأول: تعريف المساقاة لغة واصطلاحاً.

المطلب الثاني: صفة عقد المساقاة من حيث اللزوم وعدمه.

المطلب الثالث: موقف الفقهاء من فسخ عقد المساقاة بالعذر الطارئ.

المطلب الرابع: أنواع العذر الطارئ الموجبة لفسخ عقد المساقاة.

المبحث الرابع: أثر العذر الطارئ على عقد المقاوله.

المطلب الأول: تعريف المقابلة لغة واصطلاحاً.

المطلب الثاني: التكيف الفقهي لعقد المقابلة.

المطلب الثالث: الموقف الفقهي من فسخ عقد المقابلة بالعدر الطارئ.

المبحث الخامس: أثر العذر الطارئ على عقد التوريد.

المطلب الأول: تعريف التوريد لغة واصطلاحاً.

المطلب الثاني: التكيف الفقهي لعقد التوريد.

المطلب الثالث: الموقف الفقهي من فسخ عقد التوريد بالعدر الطارئ.

الفصل الثالث: مقارنة العذر الطارئ في الفقه الإسلامي بنظرية الظروف الطارئة في القانون الوضعي.

المبحث الأول: حقيقة الظروف الطارئة في القانون الوضعي.

المطلب الأول: تعريف الظروف الطارئة في القانون الوضعي.

المطلب الثاني: صلة الظروف الطارئة بالقوة القاهرة.

المبحث الثاني: مجال تطبيق نظرية الظروف الطارئة.

المبحث الثالث: شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة.

المبحث الرابع: حكم نظرية الظروف الطارئة «الآثار المترتبة على اعتبارها».

المبحث الخامس: أوجه الاتفاق والاختلاف بين العذر الطارئ ونظرية الظروف الطارئة.

المطلب الأول: من حيث السبب الموجب للظرف الطارئ.

المطلب الثاني: من حيث محل الظرف الطارئ.

المطلب الثالث: من حيث الجزاء المترتب على الظرف الطارئ.

المطلب الرابع: من حيث الشروط الموجبة للظرف الطارئ.

المبحث السادس: مدى صلاحية العذر الطارئ أساساً لنظرية الظروف

الطارئة.

الخاتمة.

ملهيّد مدخل إلى العذر الطارئ في الفقه الإسلامي

المبحث الأول: حقيقة عقود المعاوضات المالية
المبحث الثاني: طرق انقضاء العقد في الفقه
الإسلامي.
المبحث الثالث: أهمية الأخذ بمبدأ العذر الطارئ
في عقود المعاوضات المالية في الفقه الإسلامي .

المبحث الأول حقيقة عقود المعاوضات المالية

وفيه مطلبان:

المطلب الأول تعريف المعاوضة لغة واصطلاحاً

المعاوضة لغة: المعاوضة مأخوذة من العوّض، وهو الخلفُ والبدل. والاسم: العِوَضُ، والجمع: أعواض؛ فيقال: عاضه وأعاضه وعوّضه تغويضاً، وعأوّضه، أي: أعطاه العِوَضَ. واعتاض وتعوّض: أخذ العِوَضَ. واستعاض، أي: طلب العِوَضَ. واعتاضه: جاءه طالباً للعِوَضَ. ويقال: عَضْتُ فلاناً وأعَضْتُهُ وعوّضْتُهُ إذا أعطيته بدل ما ذهب منه ^(١).

المعاوضة اصطلاحاً: وردت المعاوضة في الاصطلاح الفقهي موافقة من حيث المعنى والاستعمال لدلالاتها اللغوية، بدليل استعمالها الاصطلاحي لدى الفقهاء، حيث وردت بنفس المضمون والدلالة، إما صراحة، وإما ضمناً، وفيما يلي، توضيح ذلك:

عرّف الدسوقي المعاوضة، بقوله: «عقد محتوٍ على عوض من الجانبين» ^(٢).

(١) ابن منظور، لسان العرب، ج ٩، ص ٢٧٤. الفيومي، المصباح المنير، ج ٢، ص ٤٣٨. الفيروزآبادي، القاموس المحيط، ص ٥٨٢. الرّازي، مختار الصحاح، ص ٢٣٠.

(٢) ابن عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج ٣، ص ٢. وانظر نفس التعريف: الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك، ج ٣، ص ٤. وورد في الدردير، الشرح الصغير متن بلغة السالك، ج ٣، ص ٤، ما نصّه: «والمعاوضة مفاعلة إذ كل من البائع والمشتري عوّض صاحبه شيئاً بدل المأخوذ منه».

وعرّفها الشرقاوي في حاشيته، بقوله: «المبادلة، أي: المقابلة والمعاوضة، وهي مقابلة مال بمال»^(١).

وعرّفها البهوتي؛ فقال: «المبادلة جعل شيء في مقابلة آخر»^(٢).

وهذا ما وُجد صراحة عند الفقهاء يشير إلى أن حقيقة المعاوضة تقوم على المبادلة. أما فقهاء الحنفية فلم يصدر عنهم تحديد صريح ومباشر لمفهوم المعاوضة، وإنما تشير النصوص الفقهية في مذهبهم - ضمناً - إلى أن المعاوضة مبنية على أخذ البذل وإعطاء البذل^(٣).

وهذه الإشارات الضمنية تدل على أن مبنى المعاوضة المبادلة.

أما المعاصرون؛ فعرفوها بما يلي: المبادلة التي تقوم على أساس إنشاء التزامات متقابلة بين العاقلين^(٤).

ومقتضى المبادلة الواردة في تعريف المعاوضة في هذا المقام، هي تلك التي تتوقف على تبادل العوضين بين المتعاقدين، وأما المبادلة بشكل عام في عقود المعاوضات؛ فتتناول الأنواع التالية^(٥):

(١) الشرقاوي، عبد الله، حاشية الشرقاوي على تحفة الطلاب بشرح تحرير تنقيح اللباب، لأبي يحيى زكريا الأنصاري، ج ٢، ص ٢١٩.

(٢) البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، ج ٣، ص ١٤٦.

(٣) قال الكاساني: «ولأن معنى البيع لا يحصل إلا بالتسليم والقبض، لأنه عقد مبادلة، وهو مبادلة شيء مرغوب بشيء مرغوب، وحقيقة المبادلة في التسليم والقبض، لأنها أخذ بدل وإعطاء بدل». انظر الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٤، ص ٤٩٧، وانظر في نفس المؤدى، ج ٢، ص ٩٣، ج ٤، ص ٥٩.

(٤) التركماني، ضوابط العقد في الفقه الإسلامي، ص ٢٦٨. شلي، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي، ص ٥٦٧. الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج ١، ص ٥٧٨. حماد، معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء، ص ٣١٦.

(٥) ابن تيمية، أحمد بن عبد الحكيم، مجموع الفتاوى، ج ٢٩، ص ١٨١، ١٨٩. القره داغي، مبدأ الرضا في العقود، ج ١، ص ١٥٠-١٥١.

- ١ - مبادلة مال بمال، كالبيع، والسلم، ونحو ذلك.
- ٢ - مبادلة مال بمنفعة، كالإجارة، والمزارعة، والمساقاة.

وهذان النوعان هما مجال البحث.

- ١ - مبادلة مال بما ليس بمال ولا منفعة، كالنكاح^(١)، والخلع.
- ٢ - مبادلة منفعة بمنفعة، كالمهاياة^(٢).

إنَّ الاستعمال الاصطلاحي للمعاوضة^(٣) في الأغلب الأعم في لغة الفقهاء يُراد به المعاوضة المحضة التي تقوم على أساس تبادل العوضين، سواء أكانا مالاً أم منفعة، وهذا ملحظ ضمني يدرك من خلال استقراء استعمالات الفقهاء لكلمة المعاوضة.

وبسبب اتساع المعاوضة، وشمولها على أنواع مختلفة من المبادلة، قُيدت بالمالية^(٤) حتى يتم تحديد العقود التي يتناولها العذر الطارئ من عقود المعاوضات

(١) ذهب بعض الفقهاء إلى أن عقد النكاح لا يسمّى معاوضة عرفاً. انظر: الشريبي، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج ٢، ص ٣٢٣. الجصاص، أحكام القرآن، ج ٢، ص ٢١٧. وفيه قال: «ولا يسمّى النكاح تجارة في العرف والعادة، إذ ليس المبتغى منه في الأكثر الأعمّ تحصيل العوض الذي هو المهر، وإنما المبتغى فيه أحوال الزوج من الصلاح والعقل والدّين والشرف، ونحو ذلك، فلم يُسمّ تجارة لهذا المعنى».

(٢) المهاياة: قسمة المنافع على التعاقب والتناوب. انظر: الجرجاني، التعريفات، ص ٣٠٣.

(٣) المعاوضة تنقسم إلى قسمين: معاوضة محضة، وهي ما كان المال مقصوداً فيها من الجانبين، ومعاوضة غير محضة: وهي ما كان المال مقصوداً فيها من طرف واحد، وهذا سيأتي بيانه في الفرع الثاني من هذا المطلب.

(٤) اختلف الفقهاء في حقيقة المال، على النحو التالي:

ذهب الحنفية إلى أن المال: «ما يميل إليه الطبع، ويمكن ادخاره لوقت الحاجة»؛ فهذا التعريف اقتصر في محترزاته على أن المال يتمثل في الأعيان دون المنافع، لأن مفاد قيد «الادخار» في التعريف السابق يفيد أن المنافع ليست بمال، وبالتالي خرجت من التعريف، وعملوا ذلك: أن المنافع ملك لا مال، والملك يتصرف فيه بوصف الاختصاص.

التي تقوم على أساس تبادل الحقوق والالتزامات المالية المتقابلة بين أطراف العقد.

المطلب الثاني

بيان أنواع المعاوضات

تأتي المعاوضات على نوعين ^(١)، هما:

الأول: المعاوضة المحضة: وهي ما يقصد فيها المال من الجانبين، والمراد بالمال ما يعم العين والمنفعة، وذلك على اعتبار أن المنفعة تنزل منزلة الأعيان - على رأي الجمهور - كما مرّ تفصيل ذلك في الفرع الأول.

مثالها: البيع، والسلم، والإجارة.

= أما المالكية والشافعية والحنابلة فقد جعلوا المنافع بمنزلة الأعيان، وهو أمر واضح من سياق تعريفهم للمال، وذلك على النحو التالي:

عرّفه الشاطبي، بقوله: «المال ما يقع عليه الملك ويستبد به المالك عن غيره إذا أخذه من وجهه». وعرّفه الشافعي، بقوله: «لا يقع اسم المال إلا على ما له قيمة يباع بها وتلزم متلفه». وعرّفه الحنابلة، بما يلي: «ما فيه منفعة مباحة لغير ضرورة». وأضاف بعضهم «لغير حاجة». وصرّح البهوتي بشمولية المال للمنافع؛ فقال: «يعرّف المال بما يعم الأعيان والمنافع». وهذا هو الراجح، لأن المنافع أصبحت ذات أهمية كبيرة، بدليل أن أغلب الاستثمارات توجهت إليها، مما يدل ذلك على أن لها قيمة واعتباراً بين الناس لا تقل عن المال. وهذا ما اعترف به فقهاء الحنفية، حيث ذكروا أن المنفعة شيء موجود باعتبار الشرع، حتى صَحّ الاعتياض عنه بالمال.

انظر: ابن عابدين، ردّ المحتار على الدر المختار، ج ٧، ص ٧، ١٧١. ابن نجيم، البحر الرائق، ج ٥، ص ٤٣٠. الشاطبي، الموافقات، ج ٢، ص ٣٢. السيوطي، الأشباه والنظائر، ص ٣٢٧. البهوتي، كشف القناع، ج ٣، ص ١٥٢. المرداوي، الإنصاف، ج ٤، ص ٢٥٨. الرحيباني، مصطفى السيوطي، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، ج ٣، ص ١٢.

(١) الزركشي، المتثور في القواعد، ج ٢، ص ٢٨٢. الجمعة، معجم المصطلحات الاقتصادية والإسلامية، ص ٤٦٦.

الثاني: المعاوضة غير المحضة: وهي ما يقصد فيها المال من جانب واحد، لا من الجانبين.

مثالها: الخلع.

ومجال البحث يركز على النوع الأول من عقود المعاوضات، والقائم على اعتبار تبادل الحقوق والالتزامات - الأخذ والإعطاء - بين المتعاقدين في العقد.

المبحث الثاني طرق انقضاء العقد في الفقه الإسلامي

ألف الفقهاء في مبادئ التشريع وأصوله الوسائل المناسبة لحلّ الرابطة العقدية، بما يناسب كلّ عقد وطبيعته، بالاستناد إلى جوهرها الثابت، ومرونتها القادرة على إيجاد الوسائل الكفيلة بالمحافظة على الحقوق والالتزامات التعاقدية، وفق معايير وضوابط تقدر الظروف المحتفة بالعقد تقديرًا موضوعيًا، حماية للمصلحة التي أبرمت من أجلها، وما هذا إلا دالة المنهج الثابت في معالجة قضايا العقد، ابتداءً وانتهاءً.

وتأتي هذه الوسائل حسب الأسباب التي يقتضيها النظر الموضوعي على نوعين، هما:

الأول: انقضاء العقد اختياريًا^(١):

١- الفسخ: إنّ المدلول الاصطلاحي للفسخ لم يخرج عن حقيقته اللغوية في لسان الفقهاء^(٢)؛ فيرد في عبارتهم بمعنى الرفع والحلّ.

(١) هذا المنهج في تقسيم انقضاء العقود في الفقه الإسلامي من وضع الإمام الكاساني في بدائعه، ج ٤، ص ٥٦٣.

(٢) يأتي الفسخ في اللغة على عدة معانٍ، منها: التقصّص، والرفع، والإزالة، والتفريق، والطرح، وإفساد الرأي. انظر: الفيومي، المصباح المنير، ج ٢، ص ٤٧٢. الفيروزآبادي، القاموس المحيط، ص ٢٣٤. الرّازي، مختار الصحاح، ص ٢٤٩.

فعرّفه ابن نجيم في أشباهه، بما يلي: «حلّ ارتباط العقد»^(١).

وعرّفه الكاساني؛ فقال: «فسخ العقد رفعه من الأصل، وجعله كأنه لم يكن»^(٢).

وعرّفه القرافي؛ فقال: «قلب كلّ واحد من العوضين لصاحبه»^(٣).

وعرّفه الزركشي؛ فقال: «ردّ شيء واسترداد مقابله»^(٤).

هذا، ويمكن الوقوف على الحقيقة الشرعية للفسخ، بأنها: رفع للرابطة العقدية بين المتعاقدين، بسبب إرادي، إيقافاً لاستمرارها في المستقبل.

ويجري الفسخ الإرادي حقيقة^(٥) في العقود غير اللازمة بطبيعتها، كالشركة، والوكالة، والوصية؛ فهذه العقود، وأمثالها، تفسخ بإرادة كلّ من المتعاقدين، من غير اشتراط تراضيتهما. أما العقود اللازمة لطرف دون طرف، كالرهن؛ فإنها تفسخ بإرادة من ليس لازماً بحقه، وهو الدائن المرتهن هنا. ويمكن تصور هذا في العقود اللازمة للطرفين في حالة ما إذا طرأ عليها ما يؤثر على صفة اللزوم بحق أحد المتعاقدين، كخيار الشرط، ونحوه من الخيارات؛ فإنها تنفسخ من قبل الطرف الذي تأثر جانبه بذلك^(٦).

(١) ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص ٣٣٨.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٤، ص ٣٩٧.

(٣) القرافي، الفروق، ج ٣، ص ١٠٥٨.

(٤) الزركشي، المنشور، ج ٢، ص ١٧٣.

(٥) هذا الإطلاق للتمييز ما بينه وبين الفسخ المجازي، كالطلاق، فالفسخ هنا مجازي قطعاً للعصمة، وليس رفعاً لعقد النكاح. انظر: الزركشي، المنشور، ج ٢، ص ١٧٤.

(٦) الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٤، ص ٣٩٧. الزركشي، المنشور، ج ٢، ص ١٧٣. الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج ١، ص ٥٢٦. التركماني، ضوابط العقد في الفقه الإسلامي، ص ٢٥٦.

٢- الإقالة^(١): حقيقة الإقالة رفع العقد وإزالته برضا الطرفين^(٢)؛ فالأساس الذي تقوم عليه هو الرضا بين أطراف العقد، لأنها تتوقف على الإرادة في الفسخ من قبل المتعاقدين.

ومحلها العقود اللازمة من الطرفين، كالبيع والإجارة؛ فهذه العقود لا يمكن فسخها إلا بإرادة الطرفين، واتفاق المتعاقدين.

وهذا الفسخ يطلق عليه «الفسخ الاتفاقي» وهو ما يعرف بالإقالة؛ فتعمل على إلغاء الالتزامات التي تنشأ عن العقد الذي أقيم، بسبب الباعث الذي دفع المتقاييلين إلى هذا الإلغاء^(٣).

ويستثنى من ذلك عقد النكاح، حيث يتم حله عن طريق الطلاق^(٤).

٣- تنفيذ الالتزامات الواردة في العقد: كل عقد ينشئ التزاماً، وهو المبتغى منه، وذلك حسب اتفاق أطرافه على طبيعته، وكيفية تنفيذه.

وتنفيذ الالتزامات يكون حسب ما تقتضيه هذه الطبيعة، سواء كان عملاً أو منفعة. تنفيذاً حقيقياً، من خلال تبادل الالتزامات بين متعاقديه. مثال عقد الإجارة إذا كان لمدة معينة أو لمنفعة ما؛ فإنه ينقضي بانتهاء ذلك، ومثال إتمام المقاول^(٥) للعمل المتفق عليه في الفترة الزمنية المحددة. أو حكماً، وذلك عن

(١) الإقالة لغة: الرفع. انظر: الفيومي، المصباح المنير، ج ٢، ص ٥٢١.

(٢) ابن عابدين، حاشية رد المحتار على الدر المختار، ج ٧، ص ٢٤٦. البهوتي، كشف القناع، ج ٣، ص ٢٥٠.

(٣) الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج ١، ص ٥٢٥، الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج ٩، ص ٢٦٣. التركماني، ضوابط العقد في الفقه الإسلامي، ص ٢٥٦.

(٤) ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج ٧، ص ٢٥١. الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج ١، ص ٥٢٥. الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج ٩، ص ٢٦٣.

(٥) ويقاس على هذين العقدين باقي العقود حسب أغراضها المختلفة، مثل: عقد التوريد، والمساقاة والمزراعة، ونحوها.

طريق ما يقوم مقام التنفيذ شرعاً، كالتقاص؛ فإذا نفذت الالتزامات عن طريق هذين الوجهين، يعتبر العقد منقضيّاً، لانقضاء مقصوده^(١).

الثاني: انقضاء العقد اضطرارياً :

١- موت أحد العاقلين أو كليهما: موت أحد العاقلين أو كليهما لا يؤثر في العقود بدرجة واحدة؛ فبعضها لا تأثير له فيها، كالبيع، والهبة، لأنها إذا تمت لا تنفسخ، وبعضها اختلف الفقهاء في تأثيره عليها، كالإجارة، والمساقاة، والمزارعة، وبعضها اتفقوا على تأثيره عليها، كالوكالة^(٢).

٢- استحالة تنفيذ العقد: تنشأ استحالة تنفيذ الالتزام العقدّي من ظرف طارئ خارج عن إرادة المتعاقدين، يصبح تنفيذ الالتزام معه مستحيلاً، نحو هلاك محل العقد، كذهاب محل استيفاء المنفعة في عقد الإجارة^(٣).

هذا، وسيأتي البيان التوضيحي لقضايا الاستحالة الكلية في معرض إجراء المقارنة بينها وبين الاستحالة الجزئية.

٣- تعذر تنفيذ العقد لعذر ما: وهذا محل الدراسة والبحث، وهو ما ستحاول الدراسة معالجة قضاياها، من خلال بيان أثر العذر الطارئ على الالتزامات العقدية إن شاء الله تعالى.

(١) الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج ١، ص ٥٣٥، ٥٣٦. الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج ٩، ص ٣٠٢. قلعه جي، الموسوعة الفقهية الميسرة، ج ٢، ص ١٤١٤. الزحيلي، بحث بعنوان: «عقود جديدة - عقد المفاولة - بيع الاسم التجاري والترخيص - التنازل عن المنفعة بمقابل»، ص ٢١، مجلة الشريعة والقانون - الإمارات - العدد الثاني، (١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨ م).

(٢) الموصلي، الاختيار، ج ٢، ص ٦١. الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٥، ص ٢٧٣، ٢٦٧، ٤٤، ٤٥. ابن جزي، القوانين الفقهية، ص ١٨٣، ٢١٦. ابن عرفة، حاشية الدسوقي، ج ٣، ص ٥٤٦. ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج ٥، ص ١٩٥. الشربيني، مغني المحتاج، ج ٤، ص ٢٥٨، ٤٣٥، ٤٨٥، ٥٦٦. ابن قدامة، الكافي، ج ٢، ص ١٦٧، ١٩١، ١٩٧، ٢١٠، ج ٣، ص ٦٦. ابن قدامة، المغني، ج ٥، ٣٨٩.

(٣) الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج ٩، ص ٢٧٤.

المبحث الثالث

أهمية الأخذ بمبدأ العذر الطارئ في عقود المعاوضات المالية في الفقه الإسلامي

الأصل في العقود الوفاء بها، عملاً بقوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١]؛ فهي قاعدة عامة ثابتة على سبيل اليقين في باب المعاملات، إثباتاً لأهميتها في سد حاجات الناس، الواقعة في رتبها الحاجة^(١).
ويقصد بالوفاء حفظ ما يقتضيه العقد، والقيام بموجبه^(٢)، وهو ما وقع التراضي عليه ابتداءً، وانعقدت الإرادة على تنفيذه في ظل الظروف التي أبرم فيها، وهو مطلوبهما بداهة. إلا أنه قد تطرأ أضرار طارئة، إبان التنفيذ، أو أثناءه، لم تكن في الحسبان وقت التعاقد، مما يتعسر معها الاستمرار على موجب العقد، إلا بضرر يخل بالالتزامات الواردة في العقد^(٣).

فهل يتمسك بهذا الأصل، أم يستثنى منه^(٤)؟!

والتحقيق في ذلك، أن العذر الطارئ الذي يطرأ على العقود بعد إبرامها، يعتبر مشكلة حقيقية تواجه العقود في الفقه الإسلامي، وبالتالي الأصل العام

(١) ابن عاشور، تفسير التحرير والتنوير، ج ٦، ص ٧٥.

(٢) الألوسي، روح المعاني، ج ٥، ص ٣٠٢.

(٣) مجموعة من المؤلفين، الموسوعة الفقهية، ج ٣٠، ص ٣١.

(٤) وهذا التساؤل هو ما ستحاول الدراسة الإجابة عنه في مباحثها الآتية بشيء من التفصيل.

الذي تقوم عليه، وهو الوفاء. وذلك من حيث إنه يؤدي إلى قلب التوازن الاقتصادي، والمالي في العقد، الأمر الذي يترتب عليه إهدار الحقوق والالتزامات الواردة فيه، مما ينتج عن هذا الأمر آثار سلبية. ومن هنا برزت أهمية اعتبار مبدأ العذر الطارئ، مبدأ عاماً يعالج مثل هذه الآثار في عقود المعاوضات المالية في حالة طرء الأعذار الطارئة عليها. وفيما يلي بيان لأهم مسوغات الأخذ بمبدأ العذر الطارئ:

١ - معالجة الاختلال الحاصل في التوازن الاقتصادي للعقد بسبب ظرف الطارئ: إنَّ التوازن الاقتصادي في العقود المالية التبادلية، هو مقصود المتعاقدين^(١)، وقوامها^(٢)، والغرض الذي أبرم العقد من أجله. إلا أنَّه بسبب نشوء ظرف طارئ خارج عن دائرة التعاقد، يخلُّ بالتوازن الاقتصادي المقصود منه، وذلك إبان تنفيذه، أو أثناءه، مما يؤدي إلى فوات قوامه، وبالتالي جرُّ التعاقد المنكوب، وهو الذي اختل توازن عقده اقتصادياً، إلى أضرار بيّنة^(٣). وهذا تنكُّبٌ يحتاج إلى تشريع يعالجه؛ فشرع مبدأ العذر الطارئ، بما يشمل من أحكام، من أجل إسعاف التعاقد المنكوب، ومعالجة الاختلال الحاصل في التوازن العقدّي الذي أبرمه^(٤). اقتصادياً ومالياً.

إنَّ إعادة التوازن الاقتصادي للعقد، مطلوبٌ شرعاً، بدليل أن المشرع حرص أشدَّ الحرص على تحقيق التوازن بين المتعاقدين؛ فحرم الاحتكار، والغرر، والغش، والتدليس، ونحوها. وشرع خيار الشرط، وخيار العيب، وغيرهما من الخيارات التي ما وجدت إلا من أجل الحفاظ على التوازن في

(١) الدريني، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، ج ٢، ص ٤١٢.

(٢) ناجي، غازي عبد الرحمن، التوازن الاقتصادي في العقد أثناء تنفيذه، ص ٦.

(٣) الزحيلي، نظرية الضرورة الشرعية، ص ٣١٦.

(٤) قطناني، محمد مهدي، العدل في الشريعة الإسلامية، وتطبيقاته في الفقه الإسلامي، ص ٤٠٥.

الالتزامات التعاقدية. وكما حرص على توفير مبدأ الرضا في العقود، مما يفهم من ذلك كله، أن المشرع حرص على مبدأ التوازن العقدّي بين المتعاقدين، بقدر الإمكان^(١)، لأنّ ذلك من مقتضيات العدالة، ومباني العدل، والأصل العام الذي قامت عليه الشريعة.

وهذا مطلوبٌ عند إنشاء العقد، وفي حالة استمراره أضف إلى ذلك، أنّه تقرر في الشريعة الإسلامية أنّ العقد مغنيٌ بغاية، وما هو إلا وسيلة تستهدف تلك الغاية، بما تنطوي عليه من غرض صحيح، وهي مطلوب عاقيه؛ فإذا أفضى تطبيقه في ظلّ ظرف ما إلى خلاف ذلك، اقتضت مقتضيات العدالة، ومباني العدل في الشريعة التدخل بحلّوها المناسبة، وفق ما يقتضيه مبدأ العذر الطارئ من أحكام، من أجل تقويم الالتزامات الواردة فيه، من جديد بحسب الظرف الجديد، وهذا ما يتطلبه النظر الموضوعي في ظل هذا الظرف، لأنّه ما شرع فيه^(٢).

أما فقهاء القانون؛ فقد أدركوا الأهمية البالغة للأخذ بنظرية الظروف الطارئة في القانون، وهي معالجة الخلل الحاصل في التوازن الاقتصادي في العقد، وتفاوت الالتزامات بين طرفيه عند التنفيذ، وبالتالي حمايته اقتصادياً ومالياً^(٣)، وهذا ملحظ رئيس في فقه النظرية عندهم.

(١) الزحيلي، نظرية الضرورة الشرعية، ص ٣٢٠.

(٢) الزحيلي، نظرية الضرورة الشرعية، ص ٣٢٠.

(٣) ناجي، التوازن الاقتصادي في العقد أثناء تنفيذه، ص (٦)، بكير، نجيب محمد، بحث بعنوان: «أثر الاستحالة النسبية على تنفيذ الالتزام»، ص (٨٥)، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية، السنة الخامسة والخمسون، سنة (١٩٨٦). حزبون، جورج، بحث بعنوان: «تطبيقات نظرية الحوادث الاستثنائية في عقود المقاولات النموذجية والوطنية والخاصة الدولية»، ص ١٤. منشور في مجلة دراسات - علوم الشريعة والقانون - تصدر عن عمادة البحث العلمي - الجامعة الأردنية، العدد (١)، سنة (١٩٩٨م - ١٤١٩هـ).

ويستنتج مما سبق، ما يلي:

أ- إنَّ مبدأ العذر الطارئ يعمل على إعادة التوازن المالي للعقد، ومن خلاله تصان الحقوق والالتزامات الواردة فيه من العبث، والفساد.

ب- والنتيجة الحتمية للأمر الأول، أنَّه يمنع استغلال فقدان التوازن في اقتصاديات العقد، من قبل الدائن، منعاً للإثراء على حساب المدين المتضرر، لما فيه من منافاة لمقتضيات العدالة في الكسب المشروع في الشريعة الإسلامية.

ج- ومقتضى الأمرين يتطلب إسعاف المتعاقد المنكوب، وتخليصه من الأضرار الناجمة عن الظرف الطارئ.

٢- إنَّ رفع الضرر، وقطع أسبابه، مقصد شرعي، تقتضيه التدابير الشرعية، في الحقوق كافة، لا سيما المعاملات منها: إنَّ تحريم الضرر مقصد مقرر في التشريع الإسلامي على سبيل القطع، أيّاً كان مصدره، لأنه يتناقض مع مبنى الشريعة، وأصلها العام^(١).

وأصله قوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»^(٢). وهو أصل يحتاج الناس إليه للخروج من الضيق والحرج، إذا اقتضت معاملاتهم، وشؤون معاشهم ذلك،

(١) مبنى الشريعة وأصلها العام، هو المصالح لا الأضرار؛ فقد شرعت من أجل تحصيل مصالح العباد، فيما يحتاجون إليه في معاملاتهم. انظر: الشاطبي، الموافقات، ج ١، ص ٣١٨. ابن عبد السلام، قواعد الأحكام، ج ١، ص ٩. القرافي، الفروق، ج ٤، ص ١١١٧.

(٢) أخرجه: ابن ماجه، محمد بن يزيد، في سننه، كتاب الأحكام، باب من بنى في حق ما يضرُّ بجاره، ج ١، ص ٧٣٦. عن عبادة بن الصامت. الدارقطني، علي بن عمر، في سننه، كتاب الأقضية، ج ٤، ص ٢٢٧. عن عائشة، وعن أبي سعيد الخدري. البيهقي، أحمد بن الحسين، السنن الكبرى، كتاب آداب القاضي، باب ما لا يحتمل القسمة، ج ١٠، ص ١٣٣. عن عبادة بن الصامت، وعن عمرو بن يحيى المازني عن أبيه، وهذا مرسل. الحاكم، محمد بن عبد الله، المستدرک، كتاب البيع، باب النهي عن المحاقلة والمخاضرة والمنابطة، ج ٢، ص ٥٨. عن أبي =

باعتباره قاضياً على الحقوق كافة بالتقييد بعدم الضرر^(١).

ويتفرع عنه قاعدة فقهية، مؤداها: «الضرر يزال»^(٢). وينبغي على هذه القاعدة كثير من الأحكام، كالردّ بالعيب، لما فيه من الضرر^(٣)، وهو مطلوب الإزالة، لرفع نتائجه الضارة من أيّ مصدر كان.

أما دلالة التشريعية، فيما يخص العذر الطارئ، فتتمثل؛ بما يلي: أن مطلوب العاقلين من العقد عند الإقدام على إبرامه، المصلحة، وهي أصل شرعيته، على ما هو مقرّر في الفقه الإسلامي، حيث تقرر: أنه وسيلة تستهدف غاية، تمثل أساس مشروعيته، على الثابت من أن أصل العقود مطلوب لمقاصدها، لا لأعيانها^(٤).

مما يعني ذلك، أن موجب الالتزام هو المصلحة لا الضرر، وهو مقصودهما عند الإنشاء، فإذا طرأ ظرف طارئ أخرجه عن مقصوده، والغاية التي شرع من أجلها، تدخل مبدأ العذر الطارئ لمعالجة الضرر الناشئ عنه؛ لأن قول الرسول ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»^(٥) يستلزم اتخاذ التدابير الشرعية اللازمة لمواجهة مثل هذه الأضرار، لرفعها، وقطع أسبابها.

= سعيد الخدري، وقال: هذا حديث صحيح الإسناد على شرط مسلم، ولم يخرجاه. ابن أنس، مالك، الموطأ، كتاب الأقضية، باب القضاء في المرافق، ص ٤٥٤، رقم ١٤٦١. عن عمرو بن يحيى المازني عن أبيه. وأخرجه في كتاب المكاتب، باب ما لا يجوز من عتق المكاتب، ص ٤٩١، رقم ١٥٤٠. ابن حنبل، أحمد، المسند، ج ٥، ص ٣٢٧. أبو يعلى، أحمد بن علي، المسند، ج ٤، ص ٣٩٧، رقم ٢٥٢٠. عن ابن عباس. وهذا الحديث صحيح. انظر: الألباني، محمد ناصر الدين، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، ج ٣، ص ٤٠٨. رقم ٨٩٦.

(١) الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، ص ٢٩٤. العالم، نظرية السياسة الشرعية، ص ٤٦.

(٢) ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص ٨٥. السيوطي، الأشباه والنظائر، ص ٨٣.

(٣) ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص ٨٥.

(٤) البورنو، محمد صدقي، موسوعة القواعد الفقهية، ج ١، ص ٣١٧.

(٥) سبق تخريجه، انظر الهامش (٢) من الصفحة السابقة.

ومن هذه التدابير الشرعية اللازمة لمعالجة الضرر وآثاره، مبدأ العذر الطارئ، لأنه إذا ثبت أن منشأ الضرر هو تغير الظروف التي أبرم العقد على أساسها، وجب عندئذ الاستناد إليه، وذلك لاعتبارين:

الاعتبار الأول: أن مناط العذر الطارئ متحقق، وهو الضرر الناشئ عن تغير الظروف وتبدلها، وهي مؤثرة قطعاً في الالتزامات، مما يتطلب ذلك تدخله لوقف تأثيره.

الاعتبار الثاني: أنه يمثل إحدى التدابير الشرعية، لرفع الضرر، وقطع أسبابه^(١)، في نطاق توثيق الأصل العام للتشريع الإسلامي.

وكلاهما يقتضي مبدأ العذر الطارئ، عملاً بقوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»^(٢).

٣- رفع الحرج والعنت عن الناس في سبيل إرادة التخفيف والتيسير بهم في معاملاتهم، وذلك من خلال إعمال قاعدة رفع الحرج والتيسير في باب المعاملات: تعتبر قاعدة رفع الحرج والتيسير مقصداً من مقاصد الشريعة الإسلامية، وأصلاً من أصولها، لأن الشارع لم يقصد بالعباد الحرج والمشقة^(٣). وتنهض بحجة هذه القاعدة أدلة شرعية كثيرة، نذكر منها:

١- قوله تعالى: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ﴾ [البقرة: ١٨٥].

٢- قوله تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ [الحج: ٧٨].

٣- قوله تعالى: ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾ [البقرة: ٢٨٦].

(١) موافي، الضرر في الفقه الإسلامي، ج ٢، ص ٥٦٠.

(٢) سبق تخريجه، ص (٣٨).

(٣) الشاطبي، الموافقات، ج ١، ص ٥٤١.

وبناء على هذه الأدلة، وغيرها، استنبط الفقهاء قاعدة فقهية مؤداها:
«المشقة تجلب التيسير»^(١).

وقال العلماء: ويتخرج على هذه القاعدة جميع رخص الشرع
وتخفيفاته^(٢).

ومما شرع من التخفيفات في باب المعاملات، الخيارات، والإقالة، والإبراء،
وجواز العقود الجائزة، وما شابه ذلك^(٣).

ومناطق التخفيف في هذه الأمور، وما شاكلها، هو الضرر، في سبيل رفعه
عمن وقع في جانبه.

فإذا كان الاستثناء من القياس العام يتوقف تطبيقه على حصول مناطق
التخفيف، وهو الضرر، وذلك كما في الخيارات مثلاً، لإزالة ما في التكليف من
حرج ومشقة؛ فإن هذا المناطق يتحقق بصورة جلية في الظرف الطارئ، حيث إن
المضي على موجب العقد في ظلّ تغير الظروف التي أبرم العقد فيها، يلزم
المتعاقدين المتضررين ضرراً، لم يكن ليلتزمه لولا تغير هذه الظروف؛ فثبت أن سبب
الضرر، هو تغير الظروف وتبدلها.

وقد ثبت أن الشارع جعل الظروف الطارئة على المكلفين مناطقاً
للتخفيف، على سبيل الاستثناء^(٤)؛ فكذا الحال هنا، لتحقيق مناطق التخفيف،
لأنه ثبت أن هذا النوع من المشقة مؤثر في التخفيف، فوجب درؤها. وإلا كان
وضع الشريعة على قصد الإعانات والمشقة، وقد ثبت أنها موضوعة على قصد

(١) ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص ٨٠. السيوطي، الأشباه والنظائر، ص ٧٦.

(٢) ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص ٨٠. السيوطي، الأشباه والنظائر، ص ٧٧.

(٣) ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص ٧٩-٨٠. السيوطي، الأشباه والنظائر، ص ٧٨-٧٩.

(٤) حماد، معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء، ص ٢٢٠.

الرفق واليسير، كما ذكر قبلاً؛ فكان الجمع بينهما تناقضاً واختلافاً، وهي منزهة عن ذلك^(١).

٤- رفع النزاع والخلاف بين المتعاقدين، وهذا يستلزم إعمال مبدأ العذر الطارئ، كمبدأ تشريعي يعالج سبب النزاع والخلاف في ظلّ تغير الظروف، وهو فقدان التساوي: إرساء مبدأ العذر الطارئ مبدأً تشريعياً في الفقه الإسلامي، كفيل بحماية الحقوق والالتزامات التعاقدية بين المتعاقدين، وصونها من تأثير التقلبات الاقتصادية والسياسية، وغيرها، مما قد يطرأ على العقود منها؛ وما لا شك فيه، أن في ذلك قطعاً لأهم أسباب النزاع والخلاف.

ومن المحقق أن أيّ تغير في الظروف التي أبرم العقد فيها، سيؤدي حتماً إلى فقدان التساوي، وهو مقصودهما بدهاءة، مما يعني ذلك، أن حصوله سيؤدي إلى آثار سلبية، من إهدار الحقوق، وتقويت المصالح، إذ ما وصل الأمر إلى درجة الاستغلال من قبل الطرف المستفيد من أثر الظرف الطارئ. وهذا سبب رئيس للنزاع والخلاف؛ فشرع مبدأ العذر الطارئ حتى يستأصله، وفق ضوابطه ومعايره القائمة على أساس العدل، ومنع الظلم.

واستناداً لما يهدف إليه هذا المبدأ، حثّ الإسلام على التعاون والتكافل، كأصل عام ثابت على سبيل اليقين، قاضٍ على الحقوق كلها بالتقييد، باعتباره مناطاً للعدل في التصرفات الإنسانية كافة، ومؤيداً للأصل العام الذي تقوم عليه الشريعة، من درء المفساد، وجلب المصالح^(٢).

(١) مجموعة من العلماء، الموسوعة الفقهية، ج ٢٢، ص ٢٨٤.

(٢) الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، ص ١٣٥. قطناني، العدل في الشريعة الإسلامية وتطبيقاته في الفقه الإسلامي، ص ٣٩١.

وتحقيقاً للتكافل الاجتماعي، ضُمَّت الحقوق معنى إيثاري^(١)، وذلك
امثالاً لقوله تعالى: ﴿وَيُؤْثِرُونَ عَلَىٰ أَنفُسِهِمْ وَلَوْ كَانَ بِهِمْ خَصَاصَةٌ﴾ [الحشر: ٩].

فالقيم الخلقية، وما تضمنت من قواعد توجب الالتفات إلى مقاصد
التشريع من أصل تشريع العقود، وهذا يستلزم ضرورة مراعاة أثر الظرف
الطارئ فيها، وذلك على سبيل الاستثناء، بما يتفق وتلك المقاصد.

وما هذا المنهج الثابت في الفقه الإسلامي إلا من أجل الإبقاء على
الوظيفة التي أنيطت بالعقود، بقدر الإمكان، بعيداً عن النزاع والخلاف.

٥ - تقييد القوة الملزمة للعقد، اقتضاء لما يوجبه، ووفق ما يُعرب عنه مبدأ
العدر الطارئ من أسس وضوابط، مما يترتب عليه التخفيف من الغلو في قوته
الملزمة حفظاً لمبدأ الرضائية فيه: الأصل في العقود اللزوم، وموجبها الوفاء بما
أوجبه المتعاقدان على أنفسهما في التعاقد^(٢) عملاً بقوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾
[المائدة: ١]. ولما في ذلك من تحصيل للمقصود، ودفع للحاجات. قال القرافي: «إن
الأصل في العقد اللزوم لأنَّ العقد إنما شرع لتحصيل المقصود من المعقود به، أو
المعقود عليه، ودفع الحاجات؛ فيناسب ذلك اللزوم، دفعاً للحاجة، وتحصيلاً
للمقصود»^(٣).

ومنشأ القوة الملزمة للعقد، هو مبدأ الرضائية، وهو المبدأ الذي تتوقف
عليه صحة العقد ابتداءً^(٤)، وذلك امثالاً لقوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً

(١) قال النووي: «وقد أجمع العلماء على فضيلة الإيثار بالطعام، ونحوه من أمور الدنيا، وحفظ
النفوس». انظر: النووي، صحيح مسلم، بشرح النووي، ج ١٤، ص ١٢.

(٢) القرافي، الفروق، ج ٤، ص ١١٢٨. ابن تيمية، القواعد الثورانية الفقهية، ص ٢٠٣.

(٣) القرافي، الفروق، ج ٤، ص ١١٤٨.

(٤) رضا، محمد رشيد، تفسير المنار، ج ٦، ص ١٢١.

عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ ﴿ [النساء: ٢٩]، ومقتضى اللزوم، ومبدأ الرضائية، يستلزم التوازن الاقتصادي للعقد في جميع مراحل تنفيذه، بداهةً.

ويفهم من ذلك، أنّ كلاً منهما مقيد ببقاء الظروف التي انعقد العقد على أساسها حتى إذا تغيرت، وأصبح تنفيذ الالتزام ضاراً بأحد المتعاقدين ضرراً، لم يكن ليلتزمه بالعقد، لولا تغير الظروف التي أبرم في ظلها، ثبت عدم جواز تمسك المتعاقد الآخر بالحق المكتسب بالعقد في طلب تنفيذ الالتزام، لأنه الأصل الذي يدور عليه إبرامه، ومنشأ لزومه قد اختل، وهو مبدأ الرضائية^(١).

ودلالة ذلك، أنّ ثبات صفة اللزوم في العقود، محكومة ببقاء الظروف التي صدرت الإرادة التعاقدية على أساسها، مما يستوجب ذلك سلب صفة اللزوم عنها في حالة ما إذا فقدت الالتزامات توازنها المتفق عليها عند الإنشاء بفعل الظرف الطارئ، وذلك لأن اللزوم في هذه الحالة، يعتبر منشأ للأضرار غير المعقولة^(٢).

وبناء على ما سبق، يعتبر مبدأ العذر الطارئ قيداً يرد على مبدأ الرضائية في العقود، وبطريق الأولويّ على أثره، وهو اللزوم فيها، حتى تحفظ ما شرعت له في الأصل.

٦- منع الدائن من التعسف^(٣) في استعمال حقه، من خلال تمسكه بالقوة الملزمة للعقد، في ظلّ الظرف الطارئ، في الوقت الذي يتعسر على المتعاقد المنكوب الاستمرار في موجب العقد إلا بضرر فاحش: يعتبر تمسك الدائن بالقوة الملزمة للعقد، وإجبار المتعاقد المتضرر على تنفيذ حقوق العقد والتزاماته،

(١) الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقيده، ص ٢٠٣، ٢٠٤.

(٢) موافي، أحمد، الضرر في الفقه الإسلامي، ج ٢، ص ٥٥٩.

(٣) سيأتي بيان صلة مبدأ التعسف بالعذر الطارئ في المباحث الآتية.

في ظلّ الظرف الطارئ، تعسفاً؛ لأنه يبنّي على هذا الإجماع في ظلّ هذا الظرف ضرر لم يلتزمه المتعاقد المنكوب في أصل العقد، وليس ناشئاً عنه. وهو في المقابل نفع للدائن لم يستحقه بأصله.

ومبدأ التوازن العقدّي الذي حرص الإسلام على تحقيقه قدر الإمكان، يختل في ظلّ إجبار الدائن المدين على تنفيذه، مما يترتب عليه، ما يلي:

١- التفاوت البين في الحقوق والالتزامات بين المتعاقدين، وهو ما ترفضه عقود المعاوضات في الفقه الإسلامي، لأنها قائمة على المبادلة، والمساواة في تبادل الحقوق والالتزامات.

٢- المساس بمبدأ الرضائية في العقود، وهو ما حرص الإسلام على إقامته من أجل تحقيق العدالة في تبادل الحقوق والالتزامات. والتعسف يؤدي إلى ذلك حتماً.

وهذا أمرٌ منهى عنه، لأنّ ما يؤدي إلى غير المشروع؛ فهو غير مشروع من باب أولى؛ فالتنفيذ في حالة قيام العذر، إجبار على تحمل ضرر لم يلتزم بأصل العقد، وهو ما لا تقره الشريعة. هذا جانب.

ومن جانب آخر، لو كان يعلم من يطلب إليه تنفيذ العقد مع قيام العذر الطارئ، بالضرر الذي يلحق به من جراء هذا التنفيذ، لما أقدم على العقد^(١).

فثبت من ذلك كله، أنّ التعسف في مثل هذه الحالة يتنافى مع قاعدة المصالح في الشريعة الإسلامية.

٧- بيان قدرة الفقه الإسلامي على إيجاد الوسائل القادرة على مواجهة المشكلات التي تتعرض لها المعاملات في بابها وذلك بما يتفق مع قواعده العامة،

(١) الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، ص ٢٠٨.

وأصوله الكلية: مبدأ العذر الطارئ في الفقه الإسلامي، مبدأ أصيل، يعبر عن قدرته بالنهوض بالمشكلات التي تواجهها العقود، وقوتها الملزمة، خاصة في ظلّ تغير الظروف، وتبدلها، وذلك وفق مفاهيم ومرتكزات، يستند إليها هذا المبدأ، وغيره من الأدوات التشريعية العاملة على اتساق أحكامه في كافة الظروف.

هذا، وتقتضي القواعد العامة فيه اعتبار مبدأ العذر الطارئ، مبدأً تشريعياً يعالج تغير الظروف الطارئة على العقود، وفق أسسه الموضوعية، حفظاً لها من الإهدار.

مما يعني، أنه يعمل وفق ما تقتضيه مبادئ التشريع، وقواعده، الدالة أصالة على حفظ التوازن الاقتصادي بين المتعاقدين، في الظروف كافة. وخلاف ذلك، يعني أن التشريع الإسلامي، وأدواته عاجزة عن معالجة قضاياها، وإمدادها بالحلول، بما يتفق ومعطيات التغير المستمر في معاملات الناس.

وقد اعترف الفقه الإسلامي بتغير وجه المصلحة في الأمور الدنيوية، تبعاً لتغير الظروف المحيطة بها. قال عبد السلام العالم: «وقد أشار الشاطبي إلى احتمال تغير وجه المصلحة في الشؤون الدنيوية، بتغير الظروف المحيطة في المجتمع»^(١). أما الشاطبي؛ فقال: «فإننا وجدنا الشارع قاصداً لمصالح العباد، والأحكام العادية تدور معه حيثما دار؛ فترى الشيء الواحد يمنع في حال لا تكون فيه مصلحة؛ فإذا كان فيه مصلحة جاز»^(٢).

فثبت من ذلك، أنّ التشريع الإسلامي إذا أقرّ بتغير الظروف في الأمور الدنيوية؛ فقد أثبت لذلك من الوسائل ما تكون كفيلاً بمعالجة ذلك.

(١) العالم، عبد السلام، نظرية السياسة الشرعية، ص ٤٦.

(٢) الشاطبي، الموافقات، ج ٢، ص ٥٢٠.

رفع
عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

الفصل الأول

العذر الطارئ

(حقيقته، وأنواعه، ومجالاته، وأسس، وشروطه، وضوابطه)

- المبحث الأول: حقيقة العذر الطارئ.
- المبحث الثاني: الألفاظ ذات الصلة بالعذر الطارئ.
- المبحث الثالث: أنواع العذر الطارئ.
- المبحث الرابع: مجال تطبيق العذر الطارئ في العقود.
- المبحث الخامس: الأسس العامة لمبدأ العذر الطارئ في الفقه الإسلامي، ومؤيدات ذلك.
- المبحث السادس: شروط مبدأ العذر الطارئ في العقود وضوابط ومعايره.

المبحث الأول حقيقة العذر الطارئ

المطلب الأول العذر الطارئ لغة

العذر لغة: ترد كلمة العذر ^(١) في اللغة على عدة استعمالات متباينة من حيث المعنى، وسبب هذا التباين في معانيها هو طبيعة الأداء الوظيفي للكلمة في الاستعمال اللغوي، تحقيقاً للأغراض المختلفة المرادة منها، بما يتفق مع ما يجري على لسان العرب في ذلك.

قال ابن فارس: «العين والذال والراء بناء صحيح له فروع كثيرة، ما جعل الله تعالى فيه وجه قياس بثة، بل كل كلمة منها على نحوها وجهتها مفردة» ^(٢).

هذا، وإذا كان الاستعمال يراد على حسب الاعتبارات المختلفة في المدلول اللغوي؛ فإن دلالاته ذات الصلة ترد بالمعاني الآتية:

١ - الحجة التي يُعْتَدَرُ بها؛ فيقال: تُعْتَدَرُ: اعتذر واحتج لنفسه ^(٣).

(١) ويرادف كلمة العذر من حيث الأداء كلمة الظرف. والظرف لغة: الوعاء؛ فيقال: ظرف الشيء، وعاءه، والجمع: ظروف. انظر: ابن منظور، لسان العرب، ج ٨، ص ٢٥٣. الفيروزآبادي، القاموس المحيط، ص ٧٥٠. الفيومي، المصباح المنير، ج ٢، ص ٣٨٥. ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، ج ٣، ص ٤٧٤ - ٤٧٥. وقال: «الظاء والراء والفاء كلمة كأنها صحيحة، يقولون: هذا وعاء الشيء، وظرفه، ومعنى ذلك أنه وعاء لذلك».

(٢) ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، ج ٢، ص ٢٣٢.

(٣) ابن منظور، لسان العرب، ج ٩، ص ١٠٢. الزبيدي، محمد مرتضى الحسيني، تاج العروس من جواهر القاموس، ج ١٢، ص ٥٤٠.

قال ابن منظور: «العُذْر: الحجة التي يُعْتَذِرُ بها، والجمع أَعذارٌ. يقال: اعتَذَرَ فلان اعتِذاراً وعِذْرةً ومَعْذِرةً من دَيْنِهِ فَعَدَّرْتَهُ، وَعَدَّرَهُ يَعْدُرُهُ فيما صنع عُدْراً، وعِذْرةً وعُدْرى ومَعْذِرةً،...، ولي في الأمر عُدْرٌ وعُدْرى ومَعْذِرةٌ، أي خروج من الذنب»^(١).

والمُتَعَذِّرُ: بالتشديد: المتعذر الذي له عذر^(٢).

قال الزبيدي: «والعرب تقول: أعذر فلانٌ، أي: كان منه ما يُعَدَّرُ به، وأعذر: ثبت له عذر»^(٣).

٢- العُسْر؛ فيقال: تعذر عليه الأمر: إذا صَعُبَ وتَعَسَّرَ^(٤).

٣- عدم الاستقامة؛ فيقال: تعذر عليه الأمر، أي: لم يستقم^(٥).

٤- الانقطاع؛ فيقال: اعتذرت المياه، أي: انقطعت^(٦).

قال الزبيدي: «وأصل الاعتذار: قطع الرجل عن حاجته، وقطعه عما أمسك في قلبه»^(٧).

٥- التغيّر؛ فيقال: تعذر الرّسم واعتذر، أي: تغيّر^(٨).

(١) ابن منظور، لسان العرب، ج ٩، ص ١٠٢.

(٢) الكفوى، أيوب بن موسى، الكلّيات، ص ٦٤٤.

(٣) الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، ج ١٢، ص ٥٤١.

(٤) ابن منظور، لسان العرب، ج ٩، ص ١٠٥. الرّازي، مختار الصحاح، ص ٢١١. الفيومي، المصباح المنير، ج ٢، ص ٣٩٩.

(٥) ابن منظور، لسان العرب، ج ٩، ص ١٠٥. الفيروزآبادي، القاموس المحيط، ص ٣٩٤. ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، ج ٢، ص ٢٣٣.

(٦) الأصفهاني، المفردات في غريب القرآن، ص ٣٣١.

(٧) الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، ج ١٢، ص ٥٥٥.

(٨) ابن منظور، لسان العرب، ج ٩، ص ١٠٧.

٦- التنصّل؛ فيقال: اعتذر من ذنبه وتعذر: تنصّل^(١).

٧- الضيق؛ فيقال: تعذر عليه الأمر إذا ضاق^(٢).

والعذر: بضمّتين: يأتي بمعنى التحرّي، أي: تحرّى الإنسان ما يحو به ذنوبه، وأعذر: أي: أتى بما صار به معذوراً^(٣).

قال الزبيدي: «وحقيقة عذرت: محوت الإساءة وطمستها»^(٤).

والتحقيق في ذلك، أن دلالة العذر اللغوية تدور حول أمر واحد، وهو الحجة التي يعتذر بها، فما العسر والضيق والتغير والانقطاع، ونحوها، إلا أسباب حقيقية للتعذر.

وأيضاً؛ فقد وردت دلالاته عامة؛ فشملت الأشياء المادية، والمعنوية على حد سواء، كما وردت مطلقة من غير تحديد لمنشأ العذر؛ فهل هو من ذات الالتزام، أم من أمر خارج عنه؟! .

الطارئ لغة:

الطارئ^(٥) مأخوذ من طرأ؛ فيقال: طرأ الشيءُ يطرأ، طرأناً، حصل بغتة، فهو طارئٌ^(٦).

(١) المرجع السابق، ج ٩، ص ١٠٢.

(٢) المرجع السابق، ج ٩، ص ١٠٧.

(٣) الأصفهاني، المفردات في غريب القرآن، ص ٣٣٠. الكفوي، الكليات، ص ٦٤٤. الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، ج ١٢، ص ٥٤٠.

(٤) الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، ج ١٢، ص ٥٤٢.

(٥) ويرادف كلمة الطارئ في الأداء كلمة العارض. والعارض لغة مأخوذ من عَرَضَ، والعَرَض ما يَعرَض للإنسان من مرض، ونحوه؛ فيقال: عرض له أمر: إذا ظهر واستبان، وعَرَض الشيء تعرض: بدا، والعارض من كل شيء: ما يستقبلك، كالعارض من السحاب، ونحوه.

انظر: ابن منظور، لسان العرب، ج ٩، ص ١٤٩. ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، ج ٤، ص ٢٧٢، ٢٧٨. الفيومي، المصباح المنير، ج ٢، ص ٣٧٢. الرازي، مختار الصحاح، ص ٢١٢، ٢١٣.

(٦) الفيومي، المصباح المنير، ج ٢، ص ٣٧٢. الفيروزآبادي، القاموس المحيط، ص ٤٤.

والدلالة اللغوية لكل من العذر والطارئ، أن الأعذار التي تطرأ على الإنسان، نتيجة ظروف وأحوال ما، هي ما حصل له فجأة، دون سابق علم، وبالتالي تصلح حُجّة يعتذر بها من ذلك.

المطلب الثاني العذر الطارئ اصطلاحاً

يرد مدلول العذر في الفقه الإسلامي على معنيين، وذلك على حسب دلائله الفقهية الواردة في استعمال الفقهاء في المجالات المختلفة ذات الصلة، وهما:

المعنى العام :

يطلق حدّ العذر في اصطلاح الفقهاء على كل ما يمس التكاليف الواردة على المكلف، وتوجب عجزه عن المضي في موجبها كلاً، أو بعضاً بحسب درجة وقوعه عليه، ولا يخرج في مضمونه عن حدود ذلك، وإن اختلفت قيود بعضها عن الأخرى فجاء في حدّه عند ابن حجر في فتح الباري ما يلي: «الوصف الطارئ على المكلف المناسب للتسهيل عليه»^(١). وعن الجرجاني في كتاب التعريفات: «ما يتعدّر عليه - المكلف - المضي على موجب الشرع إلا بتحمل ضرر زائد»^(٢). وجاء في معجم لغة الفقهاء، والموسوعة الفقهية الميسرة أنه: «السبب المبيح للرخصة»^(٣).

(١) ابن حجر، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، ج٦، ص٥٥.

(٢) الجرجاني، التعريفات، ص١٩٢. وانظر نفس التعريف: عبد المنعم، معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية، ج٢، ص٤٨٥.

(٣) قلعه جي، وقنيي، معجم لغة الفقهاء، ص٣٠٧. قلعه جي، الموسوعة الفقهية الميسرة، ج٢، ص١٣٨٢.

والسبب الشرعيُّ هو الذي جعله الشارع أمارة على إباحة ترك بعض الواجبات، وارتكاب بعض المحظورات، ومثاله: المرض؛ فإنه عذر شرعيٌّ لإباحة الإفطار، وهو عذرٌ شرعيٌّ لرؤية الطبيب العورة من أجل العلاج^(١).

وتفسير ذلك، أنه ثبت في الشرع أنّ شرط التكليف أو سببه القدرة على المكلف به؛ فما لا قدرة للمكلف عليه، لا يصح التكليف به شرعاً، لأن الشارع لم يقصد إلى التكليف بالمشاق؛ فثبت من ذلك أن التكليف بما لا يطاق، لا يقع، بدليل قصد الشارع الثابت بدلالة النصوص القطعية^(٢)، نحو قوله تعالى: ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾ [البقرة: ٢٨٦]، وقوله تعالى: ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَآءَاتَهَا﴾ [الطلاق: ٧]، وقوله تعالى: ﴿رَبَّنَا وَلَا تُحَمِّلْنَا مَا لَا طَاقَةَ لَنَا بِهِ﴾ [البقرة: ٢٨٦].

ويؤكد هذا، ما ثبت من شرعية الرخص، وهو أمر مقطوع به، كرخص القصر، والفطر في الصيام، والجمع، وتناول المحرمات في الاضطرار، وهذا يدل قطعاً على مطلق رفع الحرج والمشقة، ولو كان الشارع قاصداً للمشقة في التكليف لما كان ثم ترخيص ولا تخفيف^(٣).

فإذا تقرر هذا؛ فما تضمن التكليف الثابت على العباد من مشقة معتادة، ليس بمقصود الطلب للشارع، من جهة نفس المشقة، بل من جهة ما في ذلك من

(١) سائو، قطب مصطفى، معجم مصطلحات أصول الفقه، ص ٢٨٣.

(٢) الشاطبي، الموافقات، ج ٢، ص ١٧١، ٢٠٤، ٢١٠. صدر الشريعة، متن التنقيح في أصول الفقه، مع شرح التلويح على التوضيح، ج ١، ص ٣٦٧. الشوكاني، محمد بن علي، إرشاد الفحول إلى تحقيق علم الأصول، ص ٢٩.

(٣) الشاطبي، الموافقات، ج ٢، ص ٢١٢.

المصالح العائدة على المكلف، لأن كلَّ عمل يستلزم مشقة على قدره، قلَّ أو جَلَّ^(١). وهذا حد التكليف في الاصطلاح^(٢).

هذا، وقد تكون المشقة الداخلة على المكلف من أمر طارئ، لا بسببه، ولا بسبب دخوله في عمل تنشأ عنه، وفي هذا، ليس للشارع قصد في بقاء تلك المشقة، والصبر عليها. كما أنه ليس له قصد في التسبب في إدخالها على النفس، ومقتضى الأدلة الواردة بخصوص ذلك، يأذن في دفعها على الإطلاق، رفعاً للمشقة اللاحقة، بسبب الطارئ، وحفظاً على الحظوظ التي أذن لهم فيها؛ فأذن بدفع مشقة الجوع، والعطش، والحر، والبرد، والتداوي عند وقوع الأمراض، ونحو ذلك^(٣).

ومقتضى المشقة الواقعة بالمكلف في التكليف، والمأذون برفعها، خارجة عن معتاد المشقات في الأعمال العادية^(٤). ومفاد ذلك، أن المكلف لا يستطيع المضي على موجب التكليف إلا بمشقة تلحقه في نفسه أو ماله، وهي مشقة خارجة عن ذات التكليف، وهذا بخلاف المشقة الناشئة عن ذات التكليف، لأنه من المعلوم أن كل تكليف يستلزم مشقة، ولكنها في مجاري العادة لا تسمّى مشقة^(٥)، لأنها معتادة.

ودلالة هذا، أن المشقات الخارجة عن المعتاد لها تأثير على تغيير الأحكام، وإخراج المكلف عن التكليف، ورفع أثره^(٦).

(١) المرجع السابق، ج ٢، ص ٢١٥.

(٢) الشنقيطي، مذكرة في أصول الفقه، ص ٩.

(٣) الشاطبي، الموافقات، ج ٢، ص ٢٦٠ - ٢٦١.

(٤) المرجع السابق، ج ٢، ص ٢٦٨.

(٥) المرجع السابق، ج ٢، ص ٢١٤.

(٦) سانو، معجم مصطلحات أصول الفقه، ص ٣٠٤.

فإذا ثبت ذلك؛ فإن أيّ عارض يطرأ على الإنسان من مرض، أو جنون، ونحوه، مما له أثر واضح على قدرة المكلف في أداء التكاليف الواجبة عليه، هو موضع تقدير في نظر الشرع، وذلك من خلال إعادة النظر في التكاليف في ظل ظروفها المتغيرة على المكلف، وبحسب قوة تأثيرها على أدائه، وذلك بوضع ما يناسبها من الأحكام القادرة على دفع المشقات الناشئة عنها، وغير المستحقة في أصل الوجوب.

هذا وإذا كانت الظروف المتغيرة الواردة على أصل التكليف، مؤثرة تحتاج إلى أحكام تناسبها؛ فقد أوجد التشريع الإسلامي ذلك تحت ما يسمى بـ «تخفيفات الشرع»، وهي على الأقسام الآتية^(١):

الأول: تخفيف الإسقاط: كإسقاط الصوم والحج، ونحوهما، بالأعذار المعروفة.

الثاني: تخفيف التقيص: كقصر الصلاة، وتقيص ما عجز عنه المريض من أفعالها، كالركوع والسجود.

الثالث: تخفيف الإبدال: كإبدال الوضوء والغسل بالتميم، والغسل بالمسح في الخف، وإبدال القيام في الصلاة بالعود، ونحو ذلك.

الرابع: تخفيف التقديم: كتقديم العصر إلى الظهر، والعشاء إلى المغرب في السفر، والمطر.

الخامس: تخفيف التأخير: كتأخير الظهر إلى العصر، والمغرب إلى العشاء، ونحو ذلك.

(١) ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص ٨٣. ابن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنعام، ج ٢، ٦-٧. السيوطي، الأشباه والنظائر، ص ٨٢. تقي الدين الحصني، كتاب القواعد، ج ١، ص ٣١٧، ٣١٨.

السادس: تخفيف الترخيص: كصلاة المتيمم مع الحدث، والصلاة مع لطخات الدماويل، والقروح، وكأكل النجاسات للتداوي، وإساعة اللقمة بجرعة خمر، وأشباه ذلك.

السابع: تخفيف التغيير: كتغيير نظم الصلاة في الخوف.

وتأسيساً على ما سبق، يتبين أن حقيقة العذر بالمعنى العام تشمل جميع التكاليف الواردة على المكلف، وبيانه: أن قيام المكلف بما كُلف به في ظل الظروف الجديدة يدخل المكلف في مشقة غير معتادة، ولا مقصودة من أصل تشريع الأحكام، ويترتب على ذلك أمران:

الأول: عجز المكلف عن أداء ما كلف به جزئياً، فمتعلقه المرحلة التي يوجد فيها العذر؛ فإذا وُجد وُجد الترخيص، وإذا انتفى انتفى الترخيص، وذلك نحو أكل الميتة عند الاضطرار، وقصر الصلاة، والفطر في رمضان.

ودلالة ذلك، أن التنفيذ في ظله ممكن، ولكنه لا يتم إلا بالضرر الزائد اللاحق بالمكلف من جرّاء أداء ما كلف به.

وهذا الحد صادق على تعريف الجرجاني، وهو: «ما يتعدّر عليه -المكلف- المضي على موجب الشرع إلا بتحمل ضرر زائد»^(١)؛ فمنطوق التعريف يفصح عن طبيعة التعدّر، وهو التعدّر الجزئي، بدلالة قيود التعريف الدالة على أن المكلف يمكنه المضي على موجب الشرع، ولكن بتحمل ضرر زائد، أي يتعدّر استيفاء التكليف إلا بحدوث المشقة غير المعتادة، ومفهوم ذلك، أن الاستيفاء ممكن، ولكنه لا يخلو عن تلك المشقة غير المعتادة إذا جرى المكلف على مقتضى التكليف.

(١) الجرجاني، التعريفات، ص ١٩٢.

الثاني: عجز المكلف عن أداء ما كلف به كلياً، أي أن الامتناع ثبت في جميع الأحوال، وهذا من باب امتناع التكليف كلياً، وذلك كالصوم بالنسبة للمريض الذي لا يرجى شفاؤه، والشيخ الفاني، وهذه الحالات، وغيرها، أصبح التكليف فيها مستحيلاً لا ممكناً.

وهذا الحدّ يناسبه تعريف ابن حجر، من أن العذر هو: «الوصف الطارئ على المكلف المناسب للتسهيل»^(١)، وما ورد في كتاب معجم لغة الفقهاء، وغيره من أن العذر هو: «السبب المبيح للرخصة»^(٢).

ومن الجدير بالإشارة إلى أن الأمر الأول يدخل من حيث مضمونه فيما ذكر من تعريفات في هذا الأمر؛ إذ قيودها تحتل الأمرين معاً، مما يعني ذلك، أن مدلولها أعم من الأول؛ فهو عام في موضوعه، وغيره؛ فيدخل فيه ما ليس من جنسه، وذلك بشموله للامتناع الكلي، والجزئي على مختلف درجات التأثير الحادثة، والموجبة للترخيص، أما الأول؛ فهو عام في موضوعه فقط، ومقتضى ذلك، أن بينهما عموماً وخصوصاً؛ فهو يستلزم الأول قطعاً، لأن الأعم يستلزم الأخص، على ما هو مقرر في القواعد المنطقية.

ويسبب ذلك تفاوت حكم ما هو رخصة بتفاوت الأعدار الموجبة لذلك^(٣).

ومحل هذا المعنى، جميع أنواع التكاليف الواردة على المكلفين، من عبادات، ومعاملات، ومناكحات، وظهار، وإيمان وقصاص.

(١) ابن حجر، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، ج ٦، ص ٥٥.

(٢) قلعه جي، وقنبي، معجم لغة الفقهاء، ص ٣٠٧. قلعه جي، الموسوعة الفقهية الميسرة، ج ٢، ص ١٣٨٢.

(٣) السرخسي، أصول السرخسي، ج ١، ص ١٣١.

أما ما يتعلق بالعبادات، كالمسح على الخف حضراً، وسفراً للحاجة، ورخصة السفر والمرض، والإكراه، وغير ذلك^(١).

أما ما يتعلق بالمعاملات؛ فنحو جواز العقود الجائزة، كالشركات، والوكالة، والعارية، ونحوها، لأن لزوم مثل هذه العقود يشق، ويكون سبباً لعدم تعاطيها إلى غير ذلك من الوجوه المعتمدة^(٢).

أما ما يتعلق بالمناكحات؛ فنحو تيسير مشروعية الطلاق، لمشقة بقاء الزوجية عند تنافر الزوجين، وكذا الخلع^(٣).

أما ما يتعلق بالظهار والأيمان فشرعت الكفارات تيسيراً على المكلفين، لما في التزام موجب اليمين من المشقة على الخالف عند ندمه، وكذلك في حق المظاهر^(٤).

أما ما يتعلق بالقصاص، فقد شرع التخيير لمستحق ذلك بين القصاص، وأخذ الدية، تيسيراً عليه، وعلى الجاني، وإليه الإشارة^(٥)، بقوله تعالى: ﴿ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِّن رَّبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ﴾ [البقرة: ١٧٨].

(١) ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص ٧٨. السيوطي، الأشباه والنظائر، ص ٧٨، تقي الدين الحصني، كتاب القواعد، ج ١، ص ٣١١.

(٢) ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص ٧٩-٨٠. السيوطي، الأشباه والنظائر، ص ٧٨-٧٩، تقي الدين الحصني، كتاب القواعد، ج ١، ص ٣٢٤-٣٢٥.

(٣) ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص ٨٠. السيوطي، الأشباه والنظائر، ص ٧٩، تقي الدين الحصني، كتاب القواعد، ج ١، ص ٣٢٥.

(٤) ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص ٨٠. السيوطي، الأشباه والنظائر، ص ٧٩، تقي الدين الحصني، كتاب القواعد، ج ١، ص ٣٢٦.

(٥) ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص ٨٠. السيوطي، الأشباه والنظائر، ص ٧٩، تقي الدين الحصني، كتاب القواعد، ج ١، ص ٣٢٦.

وهذا نهج ثابت في جميع تكاليف الشريعة يرجع إليه بحسب موضعه في أبواب الفقه المختلفة.

المعنى الخاص:

انفرد فقهاء الحنفية في بيان حدّ العذر الطارئ بالمعنى الخاص؛ فهو وليد الفقه الحنفي، نشأة، وتكويناً، وتصوراً، واستعمالاً. وما ذلك إلا نتيجة للتوافق بين أصول المذهب في تشريع الأحكام، مما ينمّ عن الفهم العميق لقواعد التشريع، وأصوله العامة، أخذاً لمضامينها في أبعد غاية تهدف إليها، وهي الإبقاء على المقصود الذي من أجله شرعت العقود.

فعرّفه فقهاء الحنفية، بما يلي: «العجز عن المضي في موجب العقد إلا بتحمل ضرر زائد لم يستحق بالعقد»^(١).

وأبرز فقهاء الحنفية من خلال التعريف خصوصية معنى العذر الطارئ، من خلال ما ورد فيه من قيود، تحدد معاملة المراجعة منه. وذلك بالأمور الآتية:

- ١- مجال تطبيق العذر الطارئ بالعقود، فخرج بذلك مجالات تطبيق العذر الطارئ بالمعنى العام.
- ٢- مرتبة الضرر الموجبة للفسخ، وهو الضرر الزائد.
- ٣- مناط الفسخ، وهو الضرر الزائد اللاحق بأحد العاقلين.
- ٤- منشأ الضرر، وهو الظرف الطارئ، وليس ذات العقد.

(١) الحصكفي، محمد بن علي، الدرّ المنتقى في شرح المنتقى، مع مجمع الأنهر، ج ٣، ص ٥٥٧. الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج ٦، ص ١٦٠. الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، ج ٢، ص ٦١. الطوري، محمد بن حسين، تكملة البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج ٨، ص ٦٥. قاضي زاده، أحمد بن قودر، نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار، وهو تكملة شرح فتح القدير، ج ٩، ص ١٤٩.

وهذه العناصر تظهر المسلك الشمولي في تعريف العذر الطارئ عند فقهاء الحنفية، من خلال بيانها لماهيته الشرعية، ودلالته الفقهية في الاستعمال، والتطبيق. استناداً إلى الموجبات الشرعية كأساس في ذلك، وانبثاقاً عن الأصول الكلية، والقواعد العامة في التشريع، توثيقاً للأصل العام في العقود في الفقه الإسلامي.

تحليل التعريف:

القيد الأول: «عجز العاقد»: قيد ورد محددًا لنوع العجز النازل بالمتعاقد المتضرر نتيجة للظرف الطارئ، وهو العجز الجزئي، ومقتضاه، أن الاستمرار في موجب العقد ضار بأحد المتعاقدين ضرراً زائداً. ومفهوم ذلك، أن تنفيذ العقد في ظل تغير ظروف العقد ممكن، ولكنه يستلزم لحوق ضرر بالمدين المطالب بتنفيذ ما عليه من التزامات يوجبها العقد. وهو أمر ثابت بدلالة سياق التعريف.

ويخرج بهذا القيد العجز الكلي^(١)، وهو ما يعرف بالاستحالة الكلية، أو الامتناع الكلي.

القيد الثاني: «المضي في موجب العقد»: حدد هذا القيد متعلق مبدأ العذر الطارئ، وهو العقود، وذلك لأن أسباب العجز تتنوع وتعدد، بحسب متعلقاتها من العبادات، أو المعاملات، أو غير ذلك^(٢)، على ما مرّ آنفاً.

ومعلوم، أن كل تصرف له الوسائل الخاصة التي تحققه؛ فإذا فقد اعتبر سبباً من أسباب العجز عن تحصيله^(٣).

(١) وهو ما يعرف بالقانون الوضعي، بـ «القوة القاهرة»، وهي استحالة التنفيذ كلياً. وسيأتي بيانه في حينه.

(٢) مجموعة من العلماء، الموسوعة الفقهية، ج ٢٩، ص ٢٨٥.

(٣) المرجع السابق، ٢٩، ص ٢٨٦.

فيخرج بذلك أسباب العجز المتعلقة بالعبادات، أو المناكحات، أو الأيمان، إلى غير ذلك.

ومن الثابت بدهياً، أن العقود اللازمة من الطرفين التي تقبل بطبيعتها الفسخ، هي المقصودة هنا؛ فيخرج بذلك العقود اللازمة التي لا تقبل بطبيعتها الفسخ، والعقود الجائزة، والعقود الفورية، والعقود الموقوفة، والعقود التي تدخلها الخيارات^(١).

القيد الثالث: «الضرر الزائد»: يظهر هذا القيد موجب الفسخ في العقود وهو الضرر الزائد، الذي من شأنه أن يؤدي إلى نقصان أحد المتعاقدين بدءاً أو مآلاً^(٢).

ودلالة هذا القيد، أن الضرر النادر، أو المساوي، لا عبرة فيه.

القيد الرابع: «لم يستحقه بأصل العقد»: موجب هذا القيد أن الضرر الناشئ عن الظرف الطارئ ليس مستحقاً بنفس العقد^(٣)، لأنه ليس ناشئاً عن ذات الالتزام، وإنما من أثر الظروف الجديدة التي احتفت بالعقد، والتغير الناشئ عنها لم يرض به المدين الذي اختل عقده بسببها^(٤).

ودلالة ذلك، أن المدين إذا أنشأ العقد في ظرف ما، وهو موجود عند إبرام العقد، وكان موضع اعتبار وتقدير في إنشاء العقد، ونفذ موجبات العقد على أساسه، مع استمراره في مراحل التنفيذ كافة؛ ثم أثر هذا الظرف على أداء الالتزامات الواردة في العقد؛ فإنه لا يعتد به؛ لأنه مقارن للالتزام، ولأن المدين

(١) وسيأتي بيان ذلك في المبحث الثالث.

(٢) الحصكفي، الدر المنقذ في شرح المتن، ج ٣، ص ٥٥٧.

(٣) الطوري، تكملة البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج ٨، ص ٦٥.

(٤) ابن مودود، الاختيار لتعليل المختار، ج ٢، ص ٦١.

ألزم نفسه بهذه الالتزامات على أساسه؛ فأى خلل يقع فيما بعد يتحمل مسؤوليته المدين لتقصيره في إدراك الأمور على وجهها الأكمل.

وهذا بخلاف الظرف الناشئ بعد إبرام العقد، إذ لم يتم إبرام العقد على أساسه حتى يكون موضع اعتبار وتقدير، وبهذا يفترق الظرف الطارئ عن المقارن في الاعتبار.

ويخرج بهذا القيد الأضرار الناشئة عن ذات الالتزام، لأنه نشأ على أساسها، وتم التراضي على وجودها عند إجراء التعاقد.

وبهذه القيود، وتفصيلاتها يكون تعريف الحنفية للعدر الطارئ جامعاً مانعاً، لا يدخل فيه ما ليس من جنسه، ولا يتعدى إلى ما ليس من موضوعه.

العلاقة بين المعنى العام والمعنى الخاص:

العلاقة بينهما علاقة عموم وخصوص؛ فالعدر الطارئ بالمعنى العام يستلزم المعنى الخاص، وذلك لأن مضمونه بالمعنى العام ينطوي على الأمرين الآتين:

الأول: كل تكليف كُلف به العبد، سواء تعلق بأحد الناس أم بمجموعهم.

الثاني: كل التزام ألزم العبد نفسه به، سواء أكان من طرف واحد، أم من طرفين.

وعليه، فإن كل عذر بالمعنى الخاص عذر بالمعنى العام، لا العكس، وذلك على حسب ما تقرره القواعد المنطقية من أن الأعم يستلزم الأخص دائماً، لا العكس^(١).

(١) الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج ١، ص ٢٩١.

المبحث الثاني الألفاظ ذات الصلة بالعدس الطارئ

المطلب الأول

صلة العذر الطارئ بمبدأ الضرورة

الضرورة في الأصل اللغوي^(١) مشتقة من الضرر، وهو ما نشأ بسببه الإلجاء إلى فعل المحذور في حالة تحققه، وتمثل معه أعلى الأسباب الموجبة للتخفيف من التكاليف.

والاستعمال الشائع لمعنى الضرورة في الاصطلاح الفقهي^(٢) يقتصر على ضرورة الغذاء والدواء، وما يؤدي فقدانه إلى فوات النفس، أو تلف عضو من أعضائه.

(١) الضرورة لغة: تأتي بمعنى الحاجة والإلجاء؛ فيقال: رجل ذو ضرورة، أي: ذو حاجة، وقد اضطر إلى الشيء، أي: ألجئ إليه. انظر: ابن منظور، لسان العرب، ج ٨، ص ٤٦. الفيروزآبادي، القاموس المحيط، ص ٣٨٦. الفيومي، المصباح المنير، ج ٢، ص ٣٦٠. الرازي، مختار الصحاح، ص ١٩٠.

(٢) وهذا الاستعمال يتضح جلياً في عبارات الفقهاء، وذلك في معرض بيانهم لحد الضرورة، من ذلك، ما يلي: قال الجصاص: «والضرورة هي خوف الضرر بترك الأكل إما على نفسه أو على عضو من أعضائه». (الجصاص، أحكام القرآن، ج ١، ص ١٥٨، ١٥٩. وانظر نفس المعنى، السرخسي، المبسوط، ج ٢٤، ص ٦٠. وقال الدردير: «وهي الخوف على النفس من الهلاك علماً أو ظناً». (الدردير، أحد، الشرح الكبير، مع حاشية الدسوقي، ج ٢، ص ١١٥). وانظر نفس المعنى: الشاطبي، الموافقات، ج ١، ص ٥٠٦. ابن جزي، القوانين الفقهية، ص ١١٦. وقال الزركشي: «الضرورة بلوغه حداً إن لم يتناول الممنوع هلك أو قارب، =

أما المعاصرون؛ فقد وسعوا من مفهوم الضرورة بحيث تصبح دلالتها تتضمن المشقة غير المعتادة والحاجة، فعرفوها بأنها: المشقة والحاجة التي لا مدفع لها^(١).

والتحقيق، أن إعطاء الضرورة هذا البعد الدلالي في تعريف المعاصرين يوسع من دائرتها فوق ما يقتضيه حدّها، وهو أمرٌ ظاهرٌ من العبارات الواردة فيه من مثل المشقة، والحاجة، ومعلوم أن المشقة تتألف من نوعين. الأولى: مشقة معتادة، وهي غير مقصودة هنا. والثانية: مشقة غير معتادة. ويترتب عليها أمران: أحدهما عجز المكلف عن التكليف البتة. والآخر: عجز المكلف عن القيام بالتكليف إلا بحصولها، ولكنها قد تصل في بعضها إلى حد الإلجاء دون البعض الآخر.

قال الشاطبي: «حالة الاضطرار قد تبين أنه الذي يخاف معه فوات الروح، وذلك لا يكون إلا بعد العجز عن العبادات والعادات، وهو في نفسه عذر أيضاً، وما سوى ذلك؛ فمحمول على تحقق المشقة التي يعجز معها عن القيام بالوظائف الدينية أو الدنيوية»^(٢).

وهذا يثبت أن المشقة التي تثبت حالة الضرورة هي تلك التي تؤدي إلى فوات مقصد من مقاصد التكليف الخمسة، وإهداره كلية. فالتوسع في دلالة

= كالمضطر للأكل واللبس، بحيث لو بقي جائعاً أو عرياناً لمات أو تلف منه عضو، وهذا يبيح تناول المحرم». (الزركشي، المنشور، ج ٢، ص ٦٩). وانظر نفس المعنى: السيوطي، الأشباه والنظائر، ص ٨٥. الشربيني، مغني المحتاج، ج ٦، ص ١٥٨، ١٥٩. وقال ابن قدامة: «فإن الضرورة المبيحة هي التي يخاف التلف بها إن ترك الأكل». (ابن قدامة، المغني، ج ٨، ص ٤١٠). وانظر نفس المعنى: الحجاوي، الروض المربع، ص ٣٥٦ - ٣٥٧.

(١) قلعه جي، وقنيبي، معجم لغة الفقهاء، ص ٢٨٣. عبد المنعم، معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية، ج ٢، ص ٤١٠.

(٢) الشاطبي، الموافقات، ج ١، ص ٥٠٦.

المعنى يدخل فيه ما ليس من جنسه من الأعذار، سواء استلزمت ظروفها حالة الاضطرار أم لا، لأن مفهوم المشقة أعم من مفهوم الضرورة^(١).

وأيًا ما كان التعبير؛ فالضرورة مبناها الإلجاء المؤدي إلى فوات مقصد من مقاصد التكليف، وهذا مدلول التعريف الذي أورده الباحثين للضرورة؛ فقال: «الحالة التي تطرأ على الإنسان بحيث لو لم تراعى لجزم أو خيف أن تضيع مصالحه الضرورية»^(٢).

وعلى ذلك، أن الضرر شيء يزيد على المشقة، لأن المشقة تعب وإعياء من غير أن يؤدي إلى ضرر مباشر بالبدن كله أو بعضه أو بالمال أو العرض، وهذا بخلاف الضرورة التي يترتب عليها إلحاق الضرر^(٣).

. هذا، والأدلة الواردة بخصوص ذلك تؤيد أن الضرورة تمثل الحالة الملجئة التي تتعرض لها مصالح الإنسان الضرورية، وذلك من مثل قوله تعالى: ﴿فَمَنْ أَضْطَرُّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ [البقرة: ١٧٣]، وقوله تعالى: ﴿وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ﴾ [البقرة: ١٩٥]، وقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا﴾ [النساء: ٢٩]، وقوله تعالى: ﴿وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرَّرْتُمْ إِلَيْهِ﴾ [الأنعام: ١١٩].

وتبرز هذه الحقيقة معالم الصلة ما بين العذر الطارئ، ومبدأ الضرورة من خلال ما ورد فيها من مفاهيم، ومرتكزات تحدد أوجه الاتفاق والاختلاف

(١) مجموعة من العلماء، الموسوعة الفقهية، ج ٣٧، ص ٣٢٠.

(٢) الباحثين، يعقوب عبد الوهاب، رفع الحرج في الشريعة الإسلامية، ص ٥٩٩.

(٣) الباحثين، رفع الحرج في الشريعة الإسلامية، ص ٥٩٩.

بينهما؛ فهما يتفقان من حيث المنشأ؛ فمنشأ الضرر الشديد النازل بأحد الضرورات الخمس: من الدين، والنفس، والنسل، والمال، والعقل^(١).

وقد صدر الشرع الأحكام الاستثنائية من أجل المحافظة عليها، ودرء الاختلال عنها؛ فشرع مبدأ الضرورة كحكم استثنائي من كلياته، دفعاً للضرر الواقع بها، ودرأ للاختلال عنها؛ لأن الأصل المقصود من تكاليف الشريعة حفظ مقاصدها، على رتبها المختلفة، لما يترتب على فقدانها من فساد وفوت حياة^(٢).

وما يترتب على حالة الضرورة الملجئة، هو مناطها، ومعيارها الأساسي في التطبيق حال أن تحتف بالتكاليف ظروف استثنائية.

ومناط الضرورة، هو منشأ العذر الطارئ في عقود المعاوضات المالية، وموجب لإعمال قواعده في حالة لزومه، لما يترتب عليه من نقصان بالبدن، أو المال يلحق أحد المتعاقدين^(٣).

وهذا النقصان الناشئ عن الضرر الزائد يعجز أحد المتعاقدين من المضي على موجب العقد، وتحقيق المقصود منه، وهذا ما دعى فقهاء الحنفية إلى القول بمبدأ العذر الطارئ، دفعاً له^(٤).

إذاً وحدة المناط مشتركة بينهما، الأمر الذي ينبىء عن وحدة مصدر هذا المناط، وهو تغير الظروف التي نشأ في ظلها كل من التكليف والالتزام العقدى.

(١) قال الشاطبي: «ومجموع الضروريات خمسة، وهي: حفظ الدين، والنفس، والنسل، والمال، والعقل». انظر: الشاطبي، الموافقات، ج ٢، ص ٢٠.

(٢) قطناني، العدل في الشريعة الإسلامية، ص ٣٤٦. الشاطبي، الموافقات، ج ٢، ص ١٧ - ١٨. وقال في موضع آخر: «إن مصالح الدين مبنية على المحافظة على الأمور الخمسة؛ فإذا اعتبر قيام هذا الوجود الدنيوي مبنياً عليها، حتى إذا انخرمت لم يبقَ للدنيا وجود، أعني، ما هو خاص بالمكلفين والتكليف». ج ٢، ص ٣٢.

(٣) الحصكفي، الدر المنتقى في شرح المتنقى، ج ٣، ص ٥٥٧.

(٤) العيني، البناية شرح الهداية، ج ١٠، ص ٣٤٨.

أي، أنه لا إرادة للمكلف في نشوء هذا الضرر^(١) المخلّ بالمعنى المقصود من التكليف، لأنه قد ينشأ بفعل الإكراه، أو الجوع والعطش، أو الفقر، أو المرض، ونحو ذلك، مما يعني أن الضرورة ليست من فعل المضطر^(٢).

أيضاً، وإذا كان مصدر الضرر المخلّ بمقصود العقد، قد نشأ بفعل تغير الظروف فهم لزوماً، أنه لا إرادة للمتعاقدين في نشوئه.

ودلالة ذلك، أن هذا الضرر ليس مستحقاً في أصل كل منهما، وإنما زائدٌ عليه، وهو مما لم يكلف به أصلاً^(٣).

ومحصلة ذلك، أنهما يوجبان فوات المقصود من تشريعهما؛ ففي الضرورة قد يترتب عليه فوات أصل كلي، وهذا مخاطره وخيمته، أما العذر؛ فيؤدي إلى فوات المقصود من العقد من التزامات وحقوق، وهذا له مخاطره.

أيضاً، ويتفق كلّ منهما في الغاية التي من أجلها وجدت أصل مشروعتيهما، وهي رفع الضرر والحرَج؛ فالضرورة وجدت لرفعه عن المكلفين، بما يحفظ عليهم مقاصد التكليف التي أنيط بهم، ودليل ذلك أن وجودها يقتضي الإباحة في كلّ حال وُجدت فيه؛ فجاز أكل الميتة إحياء للمهَج، وشرب الخمر إزالة للغصة، والتلفظ بكلمة الكفر رفعاً للإكراه، ونحوه^(٤).

(١) الزيني، محمود محمد عبد العزيز، الضرورة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، ص ١٠١.

(٢) الجصاص، أحكام القرآن، ج ١، ص ١٥٦. ابن العربي، أحكام القرآن، ج ١، ص ٥٥. الفراء، جمال نادر، أثر الاضطراب في إباحة فعل المحرمات الشرعية، ص ٣٤.

(٣) الطوري، تكملة البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج ٨، ص ٦٥. الشاطبي، الموافقات، ج ٢، ص ٢٦٠-٢٦١.

(٤) الجصاص، أحكام القرآن، ج ١، ص ١٥٤. ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص ٨٥. القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج ٢، ص ٢٢٧. ابن العربي، أحكام القرآن، ج ١، ص ٥٦. السبوطي، الأشباه والنظائر، ص ٨٤. الفراء، أثر الاضطراب في إباحة فعل المحرمات الشرعية، ص ٣١.

قال الشاطبي: «إنَّ محال الاضطرار مغتفرة في الشرع، أعني أنَّ إقامة الضرورة معتبرة، وما يطرأ عليه من عارضات المفاسد مغتفرة في جنب المصلحة المجتلبة، كما اغتفرت مفسد أكل الميتة والدم ولحم الخنزير، وأشباه ذلك في جنب الضرورة لإحياء النفس المضطرة، وكذلك النطق بكلمة الكفر أو الكذب حفظاً للنفس أو المال حالة الإكراه»^(١).

ويؤيد ذلك، أن منع المحظور^(٢) ثبت تحصيلاً لمقاصد الشريعة؛ فإذا أدى بقاءه إلى فوات أصل كليٍّ في ظلِّ الطوارئ الحادثة، وأشباهها مما يوقع الضرر بالملكفين - وهي مما لا يقصدها الشارع في أصل التشريع، سقط اعتباره، وثبت مناسبة الضرورات لإباحة المحظورات، جلباً لمصالحها^(٣). ولما يترتب على التزامها من الالتزام بالإخلال البيِّن في تلك الأصول، الأمر الذي يستدعي النزول عند مقتضيات مبدأ الضرورة، بما يقرر من أحكام استثنائية، من إباحة المحظور، أو ترك الواجب أو تأخيره على ما مرَّ قبلاً^(٤).

وهذا دليل على أنَّ الضرورة تجد سندها في مبادئ العدل وقواعده، وهي القواعد التي تأبى ترك المكلف تحمل به ظروف تهدد حياته، وتهز كيانه دون أن تتدخل في رفع ما نزل به، بتشريع حكم يناسب تلك الحالة، ذلك أن الشريعة تقصد تحقيق مصالح العباد في كلِّ الظروف^(٥).

(١) الشاطبي، الموافقات، ج ١، ص ٢٨٨.

(٢) مثال ذلك: تحريم الميتة؛ فهو مشروع لحفظ النفس، فوجب لذلك الامتناع عنها؛ فإذا عاد الامتناع على الأصل المشروع لأجله التحريم بالنقض؛ فأصبح الامتناع لا يحفظ النفس، بل ربما قتلها، سقط اعتبار التحريم لما في الامتناع من ضرر هو أشد من ضرر الأكل منها. انظر: الفراء، أثر الاضطرار في إباحة فعل المحرمات الشرعية، ص ٣١.

(٣) ابن عبد السلام، قواعد الأحكام، ج ٢، ص ٣.

(٤) الزحيلي، نظرية الضرورة الشرعية، ص ٢٧٩.

(٥) قطناني، العدل في الشريعة الإسلامية، ص ٤٣٧.

وهذا ما يسعى العذر الطارئ إلى تحقيقه من خلال حلوله القائمة على نفس مبادئ وقواعد الضرورة، وهذا يظهر من خلال حكمه الاستثنائي الذي يقوم بمعالجة آثار هذا التغير وفق ما تقتضيه مبادئ العدل وقواعده في الشريعة والتي بدورها تأبى أن يبقى العقد قيد هذه الظروف بحيث تهز أركانه، وتهدد التزاماته. وقد مرّ تفصيل ذلك في أهمية العذر الطارئ.

وهذا يثبت وحدة الأصل والأساس بين مبدأ الضرورة والعذر الطارئ في مجال تشريعهما.

وهذا القدر المشترك بينهما لا يمنع من وجود الاختلاف في بعض الأمور؛ فإذا كانت حالة الضرورة توجب من الأحكام ما يناسب حجم الضرر الواقع على المكلف، من إباحة لمحظور، أو ترك لواجب، أو تأخير^(١)؛ فإن ذلك لا يسقط الوصف الشرعي عن ذاك الفعل، من تحريم أو وجوب، بل كل ما هنالك أنه يرفع الإثم فقط عن فاعله؛ فهو كالمباح من جهة سقوط الإثم عن فاعله، وكالمحرم من جهة بقاء صفة التحريم فيه^(٢).

وأثرها ليس مطرداً في جميع الأفعال؛ فبعضها لا يباح بحال ولا يرخص فيها أصلاً، وذلك كقتل المسلم، أو قطع عضو منه، أو الزنا، أو الكفر؛ فهذه الأفعال لا يباح الإقدام عليها^(٣).

(١) الزحيلي، نظرية الضرورة الشرعية، ص ٢٧٩. الزيني، الضرورة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، ص ٢٥

(٢) الزيني، الضرورة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، ص ٣٩.

(٣) الزحيلي، نظرية الضرورة الشرعية، ص ٢٢٦. الزيني، الضرورة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، ص ٤٠

وعليه، فإن وجود الضرورة يستلزم وجود أحكام استثنائية مؤقتة^(١) تعالج الآثار الضارة اللاحقة بالمكلف بنشوتها، وهي تنتهي بانتهائها. مما يوضح جلياً، أنَّ الضرورة لا ترفع أصل التكليف، لأن مقاصده ثابتة، فلا تمسه إلا بالقدر الذي يتحقق به رفعها.

أما العذر الطارئ فيوجب فسخ العقد^(٢) الذي اختلت بسببه المراكز الحقوقية بين المتعاقدين، وهو تشريع استثنائي توجبه مباني العدالة لرفع الضرر اللاحق بأحد المتعاقدين، مطرداً في جميع عقود المعاوضات المالية اللازمة من الطرفين دون استثناء. وكما أنه يستلزم رفع العقد من حين وقوعه، أو من بدايته إذا لم ينفذ بعد.

ومعنى ذلك، أنه يمس أصل العقد من حين حصول العذر الطارئ، ويرفعه، توقيماً لأثره.

أضف إلى ما سبق، أنَّ المكلف في حالة تحقق الإلجاء إلى فعل المحظور، أو ترك الواجب، لا يمكنه القيام أو الاستمرار على موجب التكليف إلا بفوت ذلك الأصل الكلي، وهو شرط من شروط إعمال مبدأ الضرورة، وهو الإلجاء المؤدي إلى تلف النفس أو الأعضاء مثلاً^(٣).

ومفاد ذلك، أنَّ الإلجاء معجز عن الاستمرار في التكليف كلياً بخلاف العذر الطارئ؛ فإن الاستمرار على موجب العقد ممكن، ولكنه يستلزم الضرر الزائد^(٤) الحاصل من تغير الظروف. مما يعني أنه لا يبلغ في ذلك إلى درجة الضرورة في بعض حالاته.

(١) الزحيلي، نظرية الضرورة الشرعية، ص ٢٧٤.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٤، ص ٥٣.

(٣) الزيني، الضرورة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، ص ٩٠.

(٤) العيني، البناية شرح الهداية، ج ١٠، ص ٣٤٧.

وهذا مما يوضح أن العذر نوع من المشقة المخففة للأحكام الشرعية، وهو أعم من الضرورة^(١).

المطلب الثاني

صلة العذر الطارئ بمبدأ التعسف

ورد تأسيس العذر الطارئ في الفقه الإسلامي على اعتبار أنه فرع من فروع مبدأ التعسف في استعمال الحق^(٢).

وتقدير ذلك يتوقف على حقيقة التعسف، وأثره في تقييد الحقوق من وجهة الاستعمال، وما يلزم عن الممكنة من وجوه تابعة لها من التصرف والاختصاص والاستثثار وعندئذ يمكن الوقوف على أوجه الاتفاق والاختلاف بينهما.

فحقيقة الفعل التعسفي^(٣) تقوم على مناقضة قصد الشارع في التصرف المأذون فيه شرعاً، وذلك بأن يمارس الشخص فعلاً مشروعاً في الأصل، بمقتضى

(١) عبد المنعم، معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية، ج ٢، ص ٤٨٦. مجموعة من العلماء، الموسوعة الفقهية، ج ٢٨/ ١٩٢

(٢) الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، ص ٢٠٦. ويظهر ذلك بوضوح من خلال اعتبار نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي من تطبيقات نظرية التعسف في استعمال الحق، كما هو واضح من مراجع هذا الفرع. وذات التأسيس ورد كأحد المبررات التي وردت في محاولات بعض القوانين لإثبات نظرية الظروف الطارئة على أساسه. انظر: جيلة، بولحية، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري، ص ٨٧.

(٣) التعسف لغة مشتق من العسف، وهو الأخذ على غير الطريق؛ فيقال: عَسَفَ في الأمر: فعله من غير روية، ومنه عَسَفْتُ الطريق، إذا سلكته على غير قصد، والاعتساف مثله، والعُسُوف: الظلوم. انظر: الرازي، مختار الصحاح، ص ٢١٦. الفيومي، المصباح المنير، ج ٢، ص ٤٠٩. =

= أما في الاصطلاح؛ فقد عرفه الدريني، بما يلي: «مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعاً بحسب الأصل، أو استعمال الحق في غير ما شرع له». انظر: الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، ص ٥٢.

وعرفه محمد فوزي فيض الله، بما يلي: «أن يمارس صاحب الحق حقه في حدوده المشروعة، لكن على وجه لا يسيغه الشرع ولا يقره». انظر: فيض الله، بحث بعنوان: «التعسف في استعمال الحق»، ص ١١٥. منشور في مجلة أضواء الشريعة، العدد السادس (١٣٩٤م- ١٣٩٥هـ). كلية الشريعة - الرياض.

وعرفه أحمد أبو سنة، بأنه: «تصرف الإنسان في حقه تصرفاً غير معتاد شرعاً». انظر: أبو سنة، أحمد، بحث بعنوان: «نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي»، ص ١١٠، أسبوع الفقه الإسلامي ومهرجان الإمام ابن تيمية، بدمشق.

وهذا التعريف قصر التعسف على التصرف المعتاد، والحقيقة أن التعسف ليس مرتبطاً بغير المعتاد من التصرف، وإنما يرتبط أساساً بغاية الحق ونتيجة استعماله التي تستمد أساسها من الشريعة الإسلامية، من حيث الملك والتملك والاختصاص والاستغلال والاستيلاء؛ فترجع إليها من حيث إيجادها، وببإشراف الإنسان بصفة الإنابة بما يحقق مقاصدها، مما يعني ذلك، أنها ليست من مستلزمات الطبع الإنساني، وبالتالي ليست مطلقة، وغاية في ذاتها، يتصرف فيها صاحبها بمطلق رغبته ومشئته، وإنما مقيدة عند استعماله إياها بعدم الضرر، سواء اتجه الأفراد، أم الجماعة.

والذي يتفق وطبيعة التشريع الإسلامي وغايته، أن الحقوق ذات صفة مزدوجة فردية واجتماعية، وهي في ذات الوقت وسائل لتحقيق هذه الغاية المزدوجة. إذن؛ فالتعسف لا يرتبط بالتصرف المعتاد أو غير المعتاد، وإنما يرتبط بغاية الحق؛ فقد يكون التصرف معتاداً، ومع ذلك تكون نتيجته غير مشروعة؛ فيكون حينئذ تعسفياً بالنظر إلى هذه النتيجة.

(انظر: الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، ص ٣٦، ٧٧، ٧٩، ٨٢. عامر، حسين، التعسف في استعمال الحقوق وإلغاء العقود، ص ٢٩. أبو زهرة، التعسف في استعمال الحق، أسبوع الفقه الإسلامي، بدمشق، ص ٢٤، ٢٥، ٢٧. شلتوت، عبد المقصود، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي مع المقارنة بالفقه الغربي والقانون، أسبوع الفقه الإسلامي، بدمشق، ص ١٣٧، ١٤٥، ١٧٨.

حق شرعي ثبت له، أو إباحة مأذون فيها، يؤدي إلى وقوع الضرر بالغير، بما يفوت مقصود الشارع من أصل تشريع الحق أو الإباحة، أو ممارسته على وجه يحقق مصلحة غير مقصودة شرعاً^(١).

وبيان وجه المناقضة من جانبين^(٢):

الأول: أن يقصد المكلف مناقضة قصد الشرع في تشريع الحق أو الإباحة عند الاستعمال، وذلك لمجرد قصد الإضرار، أو تحقيق مصلحة غير مشروعة، أو لمجرد العبث أو لنفع تافه، في حين يلحق بالغير ضرراً بيّناً، وهذا منهي عنه لموضع المناقضة.

قال الشاطبي: «قصد الشارع من المكلف أن يكون قصده في العمل موافقاً لقصده في التشريع»^(٣). وقال في موضع آخر: «كل من ابتغى في تكاليف الشريعة غير ما شرعت له؛ فقد ناقض الشريعة، وكل من ناقضها؛ فعمله في المناقضة باطل؛ فمن ابتغى في التكاليف ما لم تشرع له؛ فعمله باطل، أما أن العمل المناقض باطل؛ فظاهر؛ فإن المشروعات إنما وضعت لتحصيل المصالح ودرء المفاسد؛ فإذا خولفت لم يكن في تلك الأفعال التي خولفت بها جلب مصلحة ولا درء مفسدة»^(٤).

(١) الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، ص ٤٥، ٨٤. سراج، محمد، نظرية العقد والتعسف في استعمال الحق من وجهة الفقه الإسلامي، ص ٢٧٤. أبو زهرة، محمد، بحث بعنوان «التعسف في استعمال الحق» ص ٢٨، أسبوع الفقه الإسلامي ومهرجان الإمام ابن تيمية، بدمشق.

(٢) الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، ص ٨٦، ٨٧. سراج، محمد، نظرية العقد والتعسف في استعمال الحق من وجهة الفقه الإسلامي، ص ٢٨٠.

(٣) الشاطبي، الموافقات، ج ٣، ص ٢٣.

(٤) المرجع السابق، ج ٣، ص ٢٧، ٢٨.

الثاني: أن لا يقصد المكلف إلى المناقضة، ولكن استعمال الفعل على تلك الحال يؤول إلى مضادة الأصل العام في الشريعة، وهو جلب المصلحة ودرء المفسدة، وما شرعت الحقوق إلا من أجل ذلك، لا إلى ما يناقضها؛ فيعاد النظر في الفعل في ظلّ مآله الجديد.

وطبيعة المناقضة في التعسف بشتى أشكالها تختلف عن مجاوزة الحق لحدوده الموضوعية^(١)؛ فالفعل في حالة المجاوزة ممنوع لذاته، وغير مشروع ابتداءً، لعدم استناده إلى حق أصلاً؛ فالتعدي عندئذ لا يستعمل حقاً مشروعاً له، لكنه يتعدى على حق غيره، أما الفعل التعسفي؛ فهو مشروع بحسب أصله، ومأتى التعسف من اقتران الوصف غير المشروع، وهو الإضرار المتحقق من الاستعمال غير المشروع للحق، وكلاهما منهي عنه^(٢).

وتتصور المناقضة في التصرف بوجهيه الإيجابي والسلبي؛ فالتصرف الإيجابي نحو أن يفتح كوة على مقر نساء جاره. والسلبي، كامتناع التاجر عن بيع السلع احتكاراً، والناس في حاجة إليها؛ فالامتناع هنا تعسف، وأياً ما كان نوع التصرف؛ فهو مناقض لقصد الشارع من أصل تشريع الحقوق، وهو أمرٌ محظورٌ شرعاً، لأن المناقضة هي علة حكم التعسف أياً كان منشؤها^(٣).

(١) وهو ما يعرف «بالتعدي».

(٢) الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، ص ٤٧، ٤٨. الزرقاء، صياغة قانونية لنظرية التعسف باستعمال الحق في قانون إسلامي، ص ٢٦. فيض الله، بحث بعنوان: «التعسف في استعمال الحق»، ص ١١٦، منشور في مجلة أضواء الشريعة، العدد الخامس والسادس، (١٣٩٤هـ - ١٣٩٥م)، تصدرها كلية الشريعة بالرياض. عيسوي، عيسوي أحمد، بحث بعنوان: «نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي»، ص ٣٠، منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الأول، السنة الخامسة، (١٩٦٣م)، تصدرها كلية الحقوق، جامعة عين شمس.

(٣) الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، ص ٣٧، ٣٨، ١٦٥.

وضابطها معيار ذاتي يقوم على العوامل النفسية التي حركت إرادة صاحب الحق إلى التصرف بحقه، من قصد الإضرار، أو الدافع إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة، الأمر الذي يمكن كشفه بالقرائن الظاهرة. ومعيار مادي يقوم على أساس الموازنة بين المصلحة المقصودة من استعمال الحق والتي تعود على صاحب الحق، وبين المفسدة الناتجة عنه، وهذه الأخيرة إذا كانت مساوية للمصلحة أو راجحة عليها منع الفعل. وينطوي هذا المعيار على الضوابط التالية:

١- الاختلال البين بين مصلحتين فرديتين، بحيث لا يكون ثمة تناسب بينهما إطلاقاً.

٢- الضرر العام اللاحق بالمجتمع من جرّاء التصرف بالحق الفردي على وجه ضار به^(١).

هذا، وبعد تحديد حقيقة التعسف يمكن الوقوف على أوجه الاتفاق والاختلاف بين مبدأ التعسف ومبدأ العذر الطارئ في عقود المعاوضات المالية.

أولاً: أوجه الاتفاق :

كلٌّ منهما متحدٌ من حيث الأساس الموجب لشرعيتهما، وهو رفع الضرر، وقطع سببه. ومعلومٌ أن الأصل العام في الشريعة يقوم على منع الضرر الراجح أياً كان منشؤه. سواء أكان الضرر ناشئاً عن استعمال حق مشروع أم عن اعتداء محض^(٢).

(١) الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، ص ٢٢٦، ٢٤٧. أبو سنه، نظرية العسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، ص ١٢١. البيومي، أحمد خلف، بحث بعنوان: ضوابط التعسف في استعمال الحق في القانون المصري والشريعة الإسلامية، ص ٣٢، ٣٤، ٣٦، ٣٨، منشور في مجلة المحاماة، العدد الثالث والرابع، للسنة الثامنة والستون، تصدرها نقابة المحامين - مصر.

(٢) الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج ٤، ص ٣١.

قال الشاطبي: «إن الأسباب المشروعة لا تكون أسباباً للمفاسد، والأسباب الممنوعة لا تكون أسباباً للمصالح، إذ لا يصح ذلك بحال»^(١).

فالتعسف يعتمد في تحقيقه على قصد الإضرار، أو على تحقيق مصلحة غير مشروعة، أو النتائج الضارة التي تخل بالتوازن بين المصلحة والمفسدة، على ما ذكر قبلاً؛ فنشأ مبدأ التعسف في الحقوق لإقامة التوازن بين الحقوق الفردية المتعارضة، أو بين الحق الفردي، وحق المجتمع، لأن الإخلال بهذا التوازن لا يشرع، وبالتالي لا يشرع ما يؤدي إليه، وهو الفعل؛ فإذا أفضى استعماله إلى هذا الإخلال البين بين المصلحة والمفسدة^(٢)، كان في هذا مناقضة لمقصد الشارع^(٣)، لأن المشروعات إنما وضعت لتحقيق المصالح ودرء المفاسد، لا لجلب المفاسد ودرء المصالح^(٤). مما يعني أن صاحب الحق ليس لديه سلطة مطلقة في ممارسته، وإنما هو مقيد بعدم الإضرار بالغير، من أفراد أو جماعات^(٥).

أضف إلى ذلك، أن مبدأ التعسف كما يمنع وقوع الأضرار، يصون الحقوق من الضياع والعبث؛ فطلاق الفار^(٦) يقصد به هضم حقوق الزوجة في الميراث

(١) الشاطبي، الموافقات، ج ١، ص ٣٧٩.

(٢) ويستثنى من ذلك حق الملكية؛ فلا يمنع صاحبه من التصرف فيه إلا إذا لزم عن تصرفه مفسدة راحجة. أما إذا كانت مساوية فيرجع حق المالك عند التساوي، وهذا في حق الملكية خاصة.

انظر: الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، ص ٢٢٣.

(٣) الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، ص ٨٠.

(٤) الشاطبي، الموافقات، ج ٣، ص ٢٨.

(٥) الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج ٤، ص ٣١.

(٦) قس على ذلك: التعسف في الوصية، وفي الرضاع، وفي الرجعة في النكاح، وغيرها.

انظر: عبد البر، محمد زكي، بحث بعنوان: «لا ضرر ولا ضرار في الإسلام وإساءة استعمال

الحق في الفقه الإسلامي»، ص ١٦، ١٧، ٢٠، منشور في مجلة القانون والاقتصاد للبحوث

القانونية والاقتصادية، السنة الخامسة والخمسون، سنة ١٩٨٦م.

عن طريق استعمال حق الطلاق تعسفاً ودون مبرر شرعي، مما يوجب مبدأ التعسف أن يُرد على المتعسف قصده السيئ، ويعامل بنقيضه، إذ الطلاق لم يشرع لذلك^(١).

ومعالجة الضرر الناشئ عن التعسف تأتي على صورتين^(٢):

الأولى: الدور الوقائي: وهو يحول دون وقوع أثر الفعل التعسفي، وبالتالي منع وقوع الضرر ابتداءً.

الثانية: الدور العلاجي: وهو الدور الذي يأتي حالة وقوع الضرر، وذلك عن طريق إزالة الضرر عيناً، أو عن طريق الضمان، حسب أحواله، وقطع سببه، منعاً من استمراره في المستقبل.

ثبت من ذلك كله، أنَّ مناط التعسف، هو الضرر الحاصل من الإخلال بالتوازن بين الحقوق الفردية، أو نتيجة للتعارض مع المصلحة العامة.

أما العذر الطارئ؛ فيعتمد في تحقيقه على تغير الظروف التي انعقد على موجبها العقد. بحيث يفضي الاستمرار على موجب العقد في ظلها إلى ضرر زائد بالمدين^(٣)، لم يكن يستحق لولا تغيرها. مما يترتب عليه الإخلال بالتوازن الاقتصادي للعقد، وما يوجب من التزامات مالية.

ويأتي مبدأ العذر الطارئ عند تحقق مناطه، لإزالة الضرر غير المستحق، وقطع أسبابه، ومنع استمراره في المستقبل. ويهدف إلى ذلك من أجل أن تسود

(١) الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، ص ١٦٥.

(٢) الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، ص ١٦٥، ٣٠٣.

(٣) الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٤، ص ٥٣. ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج ٩، ص ٩٥.

مباني العدل بين طرفي العقد، لأنه مشروط بالتزام العدل، والتوازن في الالتزامات، وعدم الانحراف عن غايته^(١).

وذاات الهدف يعتبر من أهم المبادئ التشريعية التي ركز عليها مبدأ التعسف في استعمال الحقوق، من أجل إرساء العدل في كل مصلحة أقرها التشريع الإسلامي^(٢).

ومما سبق، يتلخص ما يلي:

١ - كلٌّ منهما يشترك في وحدة المناط، وهي الضرر اللاحق بالغير. وتفرض وحدة المناط وحدة الهدف بينهما، من حيث إزالة الضرر، وقطع أسبابه، إرساءً لمبدأ العدل على الحقوق كافة.

٢ - كلٌّ منهما يرد قيداً على الحقوق بعدم الضرر، حفظاً لضابط المشروعات من جلب المصالح، ودرء المفاسد.

ويتفقان في وجه آخر، وهو إيقاف إلزامية العقد، وإنهاء استمرارية الإلزام فيه في حالة تحقق السبب الموجب لذلك.

فحرية المتعاقدين^(٣) مقيدة بحظر التعسف؛ فبناء أحكام العقد في الشريعة الإسلامية يرد على أساس تحقق المقاصد المعتبرة شرعاً؛ فيرد قيد على حرية كل متعاقد في التمسك بأحكام العقد العادية^(٤).

(١) الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، ص ٣٧٦.

(٢) شلتوت، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، ص ١٨٠، أسبوع الفقه الإسلامي، بدمشق.

(٣) جميع الحقوق مقيدة بحظر التعسف، ومن ضمنها العقود.

(٤) الناهي، بحث بعنوان: بين الترفق والتعسف في استعمال الحقوق، ص ٤٠، منشور في المجلة العربية للفقه والقضاء

فجعلية العقد، أي كون أحكامه وقواعده مقررة يجعل من الشارع تيسر القول بإخضاعه لمبدأ حظر التعسف^(١).

وكذلك الحال بالنسبة إلى عقود المعاوضات المالية؛ فهي مقيدة ببقاء الظروف العادية التي ألزم المتعاقد نفسه على موجبها.

فإذا تغيرت ظروفه؛ فليس لأحد المتعاقدين أن يتمسك بتنفيذ موجبات العقد إذا وجد عذر يسوغ منع هذا التنفيذ^(٢).

ويؤيد ذلك، أنّ منشأ القوة الملزمة للعقد هو مبدأ الرضائية، وأساسه الإرادة التي اتجهت إلى اعتبار ظروفه عند الانعقاد ابتداءً؛ فتقييده بحظر التعسف، وببقاء ظروفه العادية، يحفظه مما يطرأ عليه من أحوال تفقده أساسه، وأصل وجوده. فثبت أنّه في حالة التعسف والعذر الطارئ لم يعد العقد ملزماً، وتنتهي قوته الملزمة، إبقاء لمقاصده.

ثانياً: أوجه الاختلاف:

تبرز أهم أوجه الاختلاف بينهما من حيث السبب الموجب لكل منهما؛ ففي حالة التعسف تتعدد الأسباب الموجبة لاقتضاء حكمه؛ منها ما يكون في حالة توجه إرادة صاحب الحق عند ممارسته لحقه إلى إلحاق الضرر بالغير، وذلك دون نفع يعود عليه، أو لنفع تافه، أو لمجرد العبث، وقصد الإضرار. ومنها ما يكون لتحقيق مصالح غير مشروعة. ومنها ما يكون في حالة ما إذا ألت الأفعال بجد ذاتها إلى نتائج ضارة تخل بالتوازن بين المصلحة والمفسدة^(٣).

(١) المرجع السابق، ص ٤٠.

(٢) عيسوي، بحث بعنوان: نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، ص ١١٠، منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الأول، السنة الخامسة، سنة ١٩٦٣..

(٣) الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، ص ٨٦، ٢٢٦، ٣٠٥.

وعليه؛ فإن وقوع التعسف يأتي على شكلين:

الأول: يقع بفعل صاحب الحق أثناء ممارسته لحقه؛ فمبنى الفعل التعسفي في هذه الحالة هو استعمال الشخص لحقه على وجه غير مشروع، قصداً.

الثاني: أيلولة الأفعال إلى نتائج ضرورية من غير قصد من صاحبها، مما يترتب عليه التفاوت البين بين المصلحة والمفسدة.

أما في حالة العذر الطارئ؛ فموجبه تغير ظروف العقد، وهو أمر خارج عن إرادة المتعاقدين، وليس حادثاً بفعل أيٍّ منهما؛ فالمرض، والإفلاس، ونحوهما، دلالة ذلك. هذا من جانب.

ومن جانب آخر؛ فإنَّ الأسباب في حالة التعسف تنسحب على جميع الحقوق والتصرفات، من أحوال شخصية، ومعاملات تجارية، وعلاقات دولية، والحقوق كافة^(١).

أما فيما يخص الروابط التعاقدية؛ فيشمل جميع العقود، وما ينشأ عنها من حقوق والتزامات، سواء أكان نتيجة لاتفاق إرادتين، كالبيع، والإجارة، أم إرادة منفردة، كالوصية مثلاً^(٢).

في حين أنَّ مبدأ العذر الطارئ يختص بالعقود المالية التي تنشأ باتفاق إرادتين، كالإجارة، والمساقاة، والمزارعة، ونحوها. وهي التي تكون طبيعتها ملزمة لطرفيها^(٣).

(١) شلتوت، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، ص ١٨٦، أسبوع الفقه الإسلامي، بدمشق. عيسوي، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، ص ١١٢.

(٢) الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، ص ٨٨، ٨٩.

(٣) وهذا ظاهر من العقود التي جعلت من تطبيقات مبدأ العذر الطارئ في الفقه الإسلامي.

وعليه، فإنَّ مبدأ التعسف قاضٍ على الحقوق كلها؛ فحيثما تحقق أيُّ من معاييرهِ وجب تطبيقه، مما يثبت أن حظر التعسف يعم الروابط التعاقدية، وغير التعاقدية^(١). في حين يختص العذر الطارئ بالروابط التعاقدية التي تنشأ بفعل إرادتين فقط.

أما من حيث الأثر الجزائي لكلٍّ منهما؛ فقد قررت الشريعة الإسلامية على الفعل التعسفي أربعة أنواع من الجزاء، تتمثل بما يلي^(٢):

١- الجزاء العيني: ويأتي على صور مختلفة، وذلك حسب أشكال التعسف الذي يقع في حالاته المختلفة، منها: إبطال ذات التصرف، كما في نكاح التحليل، ووصية الضرار، ومنع ترتب آثارها عليها، أو الإجبار على الفعل، كإجبار المحتكر على البيع بثمن المثل، والعامل على العمل بأجرة المثل، أو سلب الولاية من الولي، وقيام القاضي بتزويج المولى عليها من الكفء إذا أبى وليها تزويجها منه، ونحو ذلك من صوره.

٢- الجزاء التعويضي: ويأخذ صورة الضمان عن الضرر الذي وقع فعلاً سواء كان ضرراً مادياً أم معنوياً، بأن أدى إلى إتلاف مال، أو نفس، كمن حفر في ملكه حفرة بجوار حائط جاره؛ فانهدم.

٣- الجزاء التعزيري: وهو موكل إلى ولي الأمر؛ فله أن يقدر على كل معصية لم يرد بشأنها حد مقدر في الشرع، عقوبة تناسبها كما في دعاوى التشهير.

(١) الناهي، بين الترفق والتعسف في استعمال الحقوق، ص ٣٨.

(٢) الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، ص ٤٢١، ٤٢٢، ٤٢٣. الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج ٤، ص ٣٨، ٣٩. شلتوت نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، ص ١٩٩. عيسوي، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، ص ١١٧. أبو سنة، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، ص ١٢٠، أسبوع الفقه الإسلامي، بدمشق.

٤- الجزء الآخرى: وهذا هو الجزء الأصلى الذى تقوم عىله الشرىعة الإسلامىة، باعتبار مسؤولىة جمىع الناس عن تصرفاتهم أمام خالقهم، وذلك بالترام أو امره واجتناب نواهىه.

أما الجزء الذى يقتضىه العذر الطارئ؛ فىتمثل بالفسخ أو الانفساخ، حسب أحواله الطارئة على المتعاقد^(١).

ومن هذه المقارنة، يمكن تصور وجه التعسف فى العذر الطارئ من خلال التصرف القولى السلى^(٢)، وىتحقق فىه من خلال امتناع الدائن المستفید من تغىر ظروف العقد عن الأخذ بموجبات مبدأ العذر الطارئ، تمسكاً منه بالقوة الملزمة للعقد.

ومعلومٌ، أن أثر هذا الموقف السلى من الدائن ىترتب عىله ضرر بین بالمتعاقدين المتضرر، من جراء اختلال توازن العقد بفعل الظروف الطارئة عىله.

فالمبادئ الخلقىة، ومبائى العدل فى الشرىعة تقتضى اعتماد مبدأ العذر الطارئ لتحقيق الغایة التى من أجلها وجدت الرابطة التعاقدىة.

ىقول حسین عامر: «ولا يمكن أن ىطاق إصرار الدائن على تنفيذ الالتزام إذ إن هذا هو التعسف بعینه، وعلى الأخص إذا ما كان فى قىام المدين بالترام خرابه وإفلاسه، أو ضىاع قدر جسىم من رأس ماله»^(٣).

(١) الدرىنى، النظرىات الفقهىة، ص ١٥٢. الدرىنى، نظرىة التعسف فى استعمال الحق فى الفقه الإسلامى، ص ٢٠٧.

(٢) قال البىومى: «... ففى التعسف الإىجابى استعمال الشخص لحقه دون منفعة تعود عىله من ذلك. وأما فى التعسف السلى؛ فإن صاحب الحق لا ىمارس فعلاً إىجابياً، ولكن ىتمسك بحقه فى منع الغىر ما لا ىضره بذله له، أو بعبارة أخرى ىمتنع عنه بذل ما ىحتاجه الغىر دون منفعة تعود عىله من هذا المنع». انظر: البىومى، ضوابط التعسف فى استعمال الحق فى القانون المصرى والشرىعة الإسلامىة، ص ٤٥، ٤٦.

(٣) عامر، التعسف فى استعمال الحق وإلغاء العقود، ص ٢٢٨.

أيضاً، فإنَّ مبدأ التعسف ينسحب بمعاييره، وأسسهِ على الحقوق كافة، مما يعني أنَّ مبدأ التعسف أعم من مبدأ العذر الطارئ، كما أوضحته أوجه المقارنة. ولا يمنع التصور السابق من أن يشكل مبدأ العذر الطارئ، بما ينطوي عليه من ضوابط وأسس، مبدأ عاماً في الفقه الإسلامي، يستعان به عند اقتضاء الضرورة لأحكامه، لقطع أثر تغير الظروف على العقود المالية.

المطلب الثالث

صلة العذر الطارئ بمبدأ الجوائح

من المقرر فقهيّاً، أنَّ العقد موجبٌ للقبض؛ فكل من العاقلين يطلب من الآخر تسليم ما عقد عليه، بحسب ما أوجب كلّ منهما على نفسه بالعقد على تنفيذ ما طلبه الآخر وسأله منه؛ فالقبض هو مطلوبهما، ولهذا تتم العقود المالية بالتقابض من الطرفين^(١).

وهذا أصل مستقر في جميع المعاوزات، ومن ذلك عقد بيع الثمار؛ فموجبه قبض الثمن من المشتري، وقبض الثمر من البائع، إلا أنه قد تطرأ على الثمر جائحة؛ فتؤدي إلى فسادهِ كلاً أو بعضاً، مما يفوت بذلك المقصود من بيع الثمر؛ فما المقصود بالجائحة وما موقف الفقه الإسلامي منها في حالة طروئها على عقود بيع الثمار؟

الجائحة لغة^(٢):

الجائحة مشتقة من الجَوْح، والجَوْحُ يرد على معانٍ منها: الاستئصال والهلاك؛ فيقال: جاح الشيء: استأصله.

(١) ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ج ٣٠، ص ٢٦٤.

(٢) ابن منظور، لسان العرب، ج ٢، ص ٤٠٩ - ٤١٠. الفيروزآبادي، القاموس المحيط ن ص ١٩٧. الفيومي، المصباح المنير، ج ١، ص ١١٣. الرازي، مختار الصحاح، ص ٦٥.

ومنها: الشدة والنازلة العظيمة التي تحتاج المال من سَكَّة، أو فتنة؛ فقد جاحه واجتاحه، وجاح الله ماله، وأجاحه، أي: أهلكه بالجائحة.

ومنها: الآفة؛ فيقال: جاحت الآفة المال تجوحه جوحاً، إذا أهلكته.

والجمع: جوائح.

إذن؛ فالجائحة في الاستعمال اللغوي يمكن تصورها بالمعاني التالية: الاستئصال والهلاك والشدة والنازلة، والآفة. وجميعها تحمل الدلالة على موضوعنا.

الجائحة شرعاً:

تأتي دلالة الجائحة على اتجاهين:

الأول: قصر أصحابه الجائحة على ما أصاب الثمر من آفة سماوية دون ما كان من صنع آدمي، وذلك كالحر، والبرد، والجليد، والعفن، ونحوها.

ومن ذهب إلى ذلك، مطرف^(١) وابن الماجشون^(٢)، حيث عرفّاها، بأنها

(١) مطرف هو: مُطَرَّف بن عبد الله بن مطرف بن سليمان بن يسار الهلالي، أبو مصعب المدني، الثقة الأمين الفقيه المقدم الثبت، وهو ابن أخت مالك بن أنس، ولد سنة سبع وثلاثين ومئة، وتوفي في المدينة سنة عشرين ومائتين على الصحيح. روى عن مالك بن أنس، وبه تفقه، ومسلم بن خالد الزنجي. وغيرهم. وروى عنه: أبو زرعة، وأبو حاتم، والبخاري، وخرج له في الصحيح، وعلي بن سعيد بن جرير النسائي، وغيرهم. انظر: الشيرازي، إبراهيم بن علي، طبقات الفقهاء، ص ١٣٥. المزي، أبو الحجاج يوسف، تهذيب الكمال في أسماء الرجال، ج ٢٨، ص ٧٠-٧٣. ابن حجر، أحمد بن علي، تقريب التهذيب، ج ٢، ص ٢٣٥. مخلوف، محمد ابن محمد، شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، ص ٥٧.

(٢) ابن الماجشون هو: عبد الملك بن عبد العزيز بن عبد الله بن أبي سلمة الماجشون، أبو مروان المدني، الفقيه الفصيح، مفتي أهل المدينة، صاحب مالك بن أنس، تفقه به، وبأبيه وغيرهما. =

الآفة السماوية، دون ما كان من صنع الآدمي^(١).

وعرفها الشافعي؛ فقال: «وجماع الجوائح كل ما أذهب الثمرة أو بعضها، بغير جناية آدمي»^(٢).

وعرفها ابن قدامة؛ فقال: «كل آفة لا صنع للآدمي فيها»^(٣).

ففقّه التعريف في كلام الفقهاء السابق يوضح أنّ الجائحة الموضوعية هي ما كانت من أمر سماوي، وهو مما لا قدرة لأحد على دفعه، يتحقق بحصوله فوات الثمر المقصود بالعقد.

الثاني: وسع أصحاب هذا الاتجاه من مفهوم الجائحة، بحيث تتحقق الجائحة من الآفة السماوية، وما كان من فعل الآدمي؛ فهي في إطلاقهم تشمل كل ما يجيح مال الإنسان وينقصه، بأي وجه كان.

واختلف من ذهب إلى هذا المفهوم على قسمين:

= روى أنه مات سنة اثنتي عشرة، وقيل أربع عشرة ومائتين، وقيل سنة ثلاث عشر ومائتين. روى عن مالك بن أنس، ومسلم بن خالد الزنجي، وغيرهم، وروى عنه عبد الملك بن حبيب، وسحنون، وغيرهم. انظر: المزي، تهذيب الكمال في أسماء الرجال، ج ١٨، ص ٣٥٨ - ٣٦١. مخلوف، شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، ص ٥٦. الشيرازي، طبقات الفقهاء، ص ١٥٣. ابن حجر، تقريب التهذيب، ج ١، ص ٥٢٠.

(١) الباجي، المنتقى شرح موطأ مالك، ج ٦، ص ١٧٣.

(٢) الشافعي، محمد بن إدريس، الأم، ج ٣، ص ٥٨.

(٣) ابن قدامة، المغني على مختصر الخرقي، ج ٤، ص ٧٨. انظر نفس المعنى: ابن النجار، محمد بن أحمد، منتهى الإرادات في جمع المقنع مع التنقيح، ج ٢، ص ٣٧٨. التتوخي، المتمع شرح المقنع، ج ٣، ص ١٧٤. الرحيباني، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، ج ٣، ص ٢٠٠. ابن مفلح، المبدع شرح المقنع، ج ٤، ص ١٦٥.

القسم الأول: يشمل كل ما صدر عن الإنسان، إذا كان غالباً كالجيش. أما إذا لم يكن غالباً؛ فلا عبرة فيه، كالسرقة، وهذا مذهب ابن نافع^(١) وابن القاسم^(٢) في رواية^(٣).

وهو مؤدى تعريف الدردير، حيث قال: «ما لا يستطيع دفعه من سماوي أو جيش»^(٤).

(١) ابن نافع هو: عبد الله بن نافع بن أبي نافع الصائغ القرشي، الثقة، الثبت، أحد أئمة الفتوى بالمدينة، تفقه بمالك، ونظرائه، وصحبه أربعين سنة. روي أنه مات سنة ست ومائتين. وقيل: سنة سبع ومائتين. روى عن مالك بن أنس، والليث بن سعد، وغيرهم. وروى عنه سحنون بن سعيد التنوخى وأحمد بن الحسن الترمذى. انظر: المزي، تهذيب الكمال، ج ١٦، ص ٢٠٨-٢١٢. مخلوف، شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، ص ٥٥. ابن حجر، تقريب التهذيب، ج ٢، ص ٢٩٦.

(٢) ابن القاسم هو عبد الرحمن بن القاسم العتقى، الشيخ الصالح الحافظ الحجة، الفقيه، الثقة أثبت الناس في مالك، وأعلمهم بأقواله، صحبه عشرين سنة، وتفقه به. لم يرو واحد عن مالك الموطأ أثبت منه، روي أنه ولد سنة ثمان وعشرين ومائة. وقيل إحدى وثلاثين. وقيل اثنتين وثلاثين، ومات في مصر سنة إحدى وتسعين ومائة، روى عن: سفيان بن عيينة، وعبد الرحمن ابن شريح. ومالك بن أنس وغيرهم. وروى عنه: سحنون بن سعيد التنوخى، وعبد الله بن الحكم، وغيرهم. انظر: المزي، تهذيب الكمال في أسماء الرجال، ج ١٧، ص ٣٤٤-٣٤٧. مخلوف، شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، ص ٥٨. الشيرازي، طبقات الفقهاء، ص ١٥٥. ابن حجر، تقريب التهذيب، ج ١، ص ٤٩٥.

(٣) أنس، مالك، المدونة الكبرى، ج ٥، ص ١٨٣٨. الخطاب، مواهب الجليل، ج ٦، ص ٤٦٣.

(٤) الكشناوى، أبو بكر حسن، أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في فقه إمام الأئمة مالك، ج ٢، ص ٣٠٩، وذكر هذا التعريف ابن مهنا؛ فقال: «هي كل ما لا يستطيع دفعه كسماوي وجيش». انظر: ابن مهنا، أحمد بن غنيم، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، ج ٢، ص ٢١٢.

القسم الثاني: كل ما صدر عن الإنسان من فعل، ما لا يمكن معه تضمينه^(١)؛ ولا دفعه عادة، فهي تشمل بذلك الجيش والسرقة. وهو مذهب ابن عرفة^(٢)، وابن القاسم في رواية^(٣)، وابن تيمية^(٤).

وترتب على الاختلاف في تحديد مفهوم الجائحة أمران:

الأمر الأول: اتفق الفقهاء القائلون بوضع الجائحة، أنْ جائحة الآفة السماوية توضع عن المشتري بقدرها^(٥).

وسند هذا الاتفاق، ما روي عن ابن جريج عن عطاء، قال: «الجوائح كل ظاهر مفسد من مطر، أو برد، أو جراد، أو ريح، أو حريق»^(٦).

الأمر الثاني: اختلف الفقهاء القائلون بوضع الجائحة في وضع الجائحة الحادثة بفعل آدمي، وذلك بأن تفسد الثمرة بفعل الجيش، من حرق، أو

(١) في حالة معرفة مرتكب الفعل؛ فإنه يخضع لأحكام الضمان.

(٢) ابن عرفة، حاشية الدسوقي، ج ٣، ص ١٨٢. حيث قال: «ما أئلف من معجوز عن دفعه عادة قدرأ من ثمر أو نبات بعد بيعه».

(٣) الباجي، المنتقى، ج ٦، ص ١٧٣. الخطاب، مواهب الجليل، ج ٦، ص ٤٦٤. وإنما يكون السارق عند ابن القاسم جائحة إذا لم يعرف، فإذا عرف فيتبعه المشتري ملئاً أو معدماً.

(٤) ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ج ٣٠، ص ٢٧٨، حيث قال: «الآفات السماوية التي لا يمكن معها تضمين أحد».

(٥) القرافي، الذخيرة، ج ٥، ص ٢١٢. الخطاب، مواهب الجليل، ج ٦، ص ٤٦٣. ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج ٥، ص ٥٦. ابن قدامة، المغني، ج ٤، ص ٧٨. المرداوي، الإنصاف، ج ٥، ص ٦٤. ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ج ٣٠، ص ٢٧٨.

(٦) أخرجه: أبو داود في سننه، كتاب البيوع، باب في تفسير الجائحة، ج ٢، ص ٢٩٨ - ٢٩٩. البيهقي، في سننه، كتاب البيوع، باب ما جاء في وضع الجائحة، ج ٥، ص ٥٠٠. والأثر حسن مقطوع، انظر: الألباني، صحيح سنن أبي داود، ص ٦٦٤.

إغراق، أو تدمير أو أكلها، أو بفعل سارق، بأن يسرق الثمر؛ فقد اختلفوا في وضع جائحتها على قولين:

القول الأول: إنَّ جائحة الآدمي لا توضع، وهذا مذهب مطرف وابن الماجشون^(١)، والحنابلة في الرواية الراجحة^(٢).

واستندوا في قولهم هذا إلى قول الرسول ﷺ: «أرأيت إن منع الله الثمرة؟»^(٣).

وجه الدلالة في الحديث: أظهر الحديث أن منع الثمرة لا يكون إلا من الله؛ فدل ذلك على أن الجائحة لا تكون إلا من أمر سماوي، كالبرد، والعطش، والعفن، ونحوها. أما ما صدر عن الآدمي؛ فليس بجائحة.

القول الثاني: إنَّ جائحة الآدمي توضع بشروطها. وهذا مذهب ابن القاسم^(٤)، والحنابلة في رواية^(٥).

ومحل رواية الحنابلة، هو التلف الحاصل من الآدمي الذي لا يمكن تضمينه. قال ابن تيمية: «وهو قياس أصول المذهب، لأن المأخذ إنما هو إمكان

(١) القرافي، الذخيرة، ج ٥، ص ٢١٢. الباجي، المنتقى، ج ٦، ص ١٧٣.

(٢) المرداوي، الإنصاف، ج ٥، ص ٦٥. ابن مفلح، المبدع، ج ٤، ص ١٦٦ - ١٦٧. ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ج ٣٠، ص ٢٧٨.

(٣) أخرجه: البخاري، في صحيحه، كتاب البيع، باب إذا باع الثمار قبل أن يبدو صلاحها ثم أصابته عاهة فهو من البائع، ج ٢، ص ٦٤٧-٦٤٨. مسلم، في صحيحه، كتاب المساقاة، باب وضع الجوائح، ج ٣، ص ١١٩٠.

(٤) الباجي، المنتقى، ج ٦، ص ١٧٣. الخطاب، مواهب الجليل، ج ٦، ص ٤٦٤. ويلاحظ في مذهب ابن القاسم الخلاف السابق.

(٥) المرداوي، الإنصاف، ج ٥، ص ٦٥. ابن مفلح، المبدع، ج ٤، ص ١٦٦، ١٦٧. ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ج ٣٠، ص ٢٧٨.

الضمان، ولهذا لو كان المتلف جيوش الكفار، أو أهل الحرب، كان ذلك، كالأفة السماوية، والجيوش واللصوص وإن فعلوا ذلك ظلماً، ولم يمكن تضمينهم؛ فهم بمنزلة البرد في المعنى»^(١).

إذن، في حالة القدرة على تضمين الآدمي قدر ما أتلّف، فلا يعتبر ذلك جائحة، لأن المشتري في هذه الحالة يمكنه الرجوع ببطل المتلف عليه؛ فلا حاجة حينئذ إلى الرجوع على البائع، بخلاف الجائحة^(٢).

أما المالكية؛ فقد قيدوا اعتبار الجيش جائحة بالشروط التالية^(٣):

- ١- أن لا يعرف أحد من الجيش؛ فإذا عرف فلا يعتبر فعلهم جائحة، لأن الواحد من الجيش يتبع الجميع، لأنهم كالحملاء عن بعضهم البعض.
- ٢- أن لا تناله أحكام الإسلام؛ فإذا كانت تناله؛ فلا تعتبر جائحة.
- ٣- أن يكون معسراً ولا يرجى يساره عن قرب، فإن كان غير معسّم، ومرجو يسره عن قرب، فلا تعتبر جائحة.

أما في حالة السرقة؛ فإذا علم السارق، اتفقوا على أنها لا تعتبر جائحة؛ لأن المشتري يمكنه ملاحقته، وأخذ قيمة ما سرق منه. أما في حالة عدم العلم به؛ فقد اختلفوا في ذلك على قولين^(٤):

-
- (١) ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ج ٣٠، ص ٢٧٨.
 - (٢) التنوخي، الممتع شرح المقنع، ج ٣، ص ١٧٤. ابن مفلح، المبدع في شرح المقنع، ج ٤، ص ١٦٧. البهوتي، كشف القناع، ج ٣، ص ٢٨٦. ابن قدامة، المغني، ج ٤، ص ٧٨.
 - (٣) التسولي، البهجة في شرح التحفة، ج ٢، ص ٤٧. الزرقاني، شرح الزرقاني، ج ٥، ص ١٩٥. الخرشي، حاشية الخرشي، ج ٦، ص ٤٤. ابن عرفة، حاشية الدسوقي، ج ٣، ص ١٨٥.
 - (٤) الخطاب، مواهب الجليل، ج ٦، ص ٤٦٣. التسولي، البهجة في شرح التحفة، ج ٢، ص ٤٧. ابن عرفة، حاشية الدسوقي، ج ٣، ص ١٨٥. الباجي، المنتقى، ج ٦، ص ١٧٣. الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك، ج ٣، ص ١٥٣. الخرشي، حاشية الخرشي، ج ٦، ص ٤٤.

القول الأول: ذهب بعض المالكية إلى أن ما فسد بفعل السارق لا يعتبر جائحة.

واستندوا في قولهم هذا إلى ما يلي:

١- أن المشتري في حالة العلم بالسارق يمكنه التحفظ منه، ودفعه بالحراسة؛ فإذا لم يفعل ذلك كان مفرطاً في حفظه، ومضيعاً له؛ فكان ذلك من ضمانه^(١).

٢- أن البائع سلم الثمر إلى المشتري إلى نهاية ما يمكنه من التسليم؛ فليس عليه حفظها له، ولا ضمان عليه فيها، إلا ما كان في جهة الأصل، لاستحقاقه عليه بالسقي إلى تناهي نضجها، وكمال صلاحها، ولو كان يضمنها في حالة السرقة لكان عليه حفظها، وذلك لا يقول به أحد^(٢).

القول الثاني: ذهب ابن القاسم في رواية إلى أن السارق في مثل هذه الحالة جائحة^(٣).

وسنده في ذلك، أن ما تلف لم يسلم إلى المشتري؛ فكان من ضمان البائع^(٤).
ومما سبق يتبين، أن الآفة التي تعتبر جائحة من قبل الأدمي هي ما كانت غالبية، ولا قدرة على دفعها، ولا يمكن معها تضمين أحد، مما يتحقق بذلك قياسها على الآفة السماوية^(٥).

(١) التسولي، البهجة شرح التحفة، ج ٢، ص ٤٧. الباجي، المنتقى، ج ٦، ص ١٧٣. ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج ٥، ص ٥٦.

(٢) الباجي، المنتقى، ج ٦، ص ١٧٣.

(٣) الخطاب، مواهب الجليل، ج ٦، ص ٤٦٣. التسولي، البهجة شرح التحفة، ج ٢، ص ٤٧. الباجي، المنتقى، ج ٦، ص ١٧٣.

(٤) الخطاب، مواهب الجليل، ج ٦، ص ٤٦٣. الباجي، المنتقى، ج ٦، ص ١٧٣.

(٥) ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج ٥، ص ٥٦.

حكم وضع الجائحة:

صورتها: أن رجلاً باع ثمرأ بعد بدو صلاحه، وسلمه إلى المشتري بالتخلية، ثم تلف قبل آوان الجذاذ بأفة، هل تكون من ضمان البائع أم من ضمان المشتري ؟

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: ذهب المالكية^(١)، والشافعي في القديم^(٢)، والحنابلة^(٣)، إلى وجوب وضع ما أصاب الثمر من تلف عن المشتري، وتكون من ضمان البائع. وقال به: يحيى بن سعيد^(٤)، وعمر بن عبد العزيز^(٥)،

(١) الخطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ج٦، ص٤٥٩. الخرشي، حاشية الخرشي، ج٦، ص٤٠. الباجي، المنتقى، ج٦، ص١٧٢. ابن نصر، عبد الوهاب علي، المعونة على مذهب عالم المدينة، ج٢، ص٤٨.

(٢) الشرييني، مغني المحتاج، ج٢، ص٥٠١. الماوردي، علي بن محمد، الحاوي الكبير، ج٥، ص٢٠٥. الرافعي، عبد الكريم بن محمد، العزيز شرح الوجيز، ج٤، ص٣٥٩. الغزالي، محمد ابن محمد، الوسيط في المذهب، ج٣، ص١٩٣.

(٣) المرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، ج٥، ص٦٢. ابن النجار، منتهى الإرادات في جمع المقنع مع التنقيح، ج٢، ص٣٧٨. الرحياني، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، ج٣، ص٢٠٠.

(٤) ابن قدامة، المغني، ج٤، ص٧٧.

* يحيى بن سعيد هو: يحيى بن سعيد بن فرُّوخ القَطَّان التميمي، أبو سعيد البصري. إمام قدوة، ثقة متقن حافظ، من كبار التاسعة. توفي سنة ثمان وتسعين ومائة، وله ثمان وسبعون. انظر: ابن حجر، تقريب التهذيب، ج٢، ص٣٤٨. السيوطي، طبقات الحفاظ، ص١٢٥. المزري، تهذيب الكمال في أسماء الرجال، ج٣١، ص٣٢٩.

(٥) ابن عبد البر، التمهيد، ج٢، ص١٩٥. ابن عبد البر، الاستذكار، ج٦، ص٣١٣.

* عمر بن عبد العزيز هو: عمر بن عبد العزيز بن مروان بن الحكم بن أبي العاص بن أمية القرشي الأموي، أبو حفص المدني، أمير المؤمنين، من الرابعة، كان ثقة مأموناً له فقه وعلم =

وأبو عبيد^(١).

وعمدة هذا القول ما يلي:

١- ما روي عن جابر، أن رسول الله ﷺ قال: «لو بعت من أخيك ثمرأ؛ فأصابته جائحة؛ فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئاً، بم تأخذ مال أخيك بغير حق»^(٢).

وجه الدلالة من الحديث:

دلّ منطوق الحديث على أن الثمرة إذا منعت لم يستحق البائع الثمن، لأن المتاع قد منع مما ابتاعه^(٣).

وأجيب عن هذا الاستدلال من وجوه:

الأول: أن الحديث محمول على ما قبل التسليم^(٤). قال الطحاوي: «أما حديث جابر الثاني؛ فمعناه غير هذا المعنى، وذلك أنه ذكر فيه البيع، ولم يذكر

= وورع، وإمام عادل، مات في رجب سنة إحدى ومائة، وله أربعون سنة. انظر: ابن حجر، تقريب التهذيب، ج ٢، ص ٥٩، ٦٠. السيوطي، طبقات الحفاظ، ص ٤٦. المزي، تهذيب الكمال في أسماء الرجال، ج ٢١، ص ٤٣٢، ٤٣٣، ٤٤٦.

(١) الماوردي، الحاوي الكبير، ج ٥، ص ٢٠٥. ابن قدامة، المغني، ج ٤، ص ٧٧.
* أبو عبيد هو: القاسم بن سلام، أبو عبيد، ثقة، فاضل، مصنف من العاشرة، اختلف في وفاته، قيل: سنة أربع وعشرين ومائتين، وقيل: سنة ثلاث وعشرين بمكة، وقيل: سنة اثنتين وعشرين في خلافة المعتصم. انظر: أبو يعلى، أبو الحسن محمد، طبقات الخنابلة، ج ١، ص ٢٦٢. ابن حجر، تقريب التهذيب، ج ٢، ص ١١٧.

(٢) أخرجه: البخاري، في صحيحه، كتاب البيع، باب إذا باع الثمار قبل أن يبدو صلاحها، ثم أصابها عاهة؛ فهو من البائع، ج ٢، ص ٦٤٧، ٦٤٨، عن أنس بن مالك رضي الله عنه بلفظ: أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الثمار حتى تزهي؛ فقليل له: وما تزهي؟ قال: حتى تحمر؛ فقال رسول الله ﷺ: «أرأيت إذا منع الله الثمرة، بم يأخذ أحدكم مال أخيه». مسلم، في صحيحه، كتاب المساقاة، باب وضع الجوائح، ج ٣، ص ١١٩٠.

(٣) ابن عبد البر، يوسف عبد الله، التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، ج ٢، ص ١٩٤.

(٤) الماوردي، الحاوي الكبير، ج ٥، ص ٢٠٨.

فيه القبض؛ فذلك - عندنا - على البياعات التي تصاب في أيدي بائعيها، قبل قبض المشتري لها، فلا يحل للباعة أخذ أثمانها، لأنهم يأخذونها بغير حق»^(١).

ويجاب عنه: أنَّ تأويل الحديث على إصابة الثمرة بالجائحة قبل القبض، تأويل باطل، لأنه خص بهذا الحكم الثمار، عمّ به الأحوال، ولم يقيده بقبض ولا عدمه^(٢).

الثاني: أنَّ الحديث محمول على بيع الثمر قبل بدو صلاحه^(٣)، كما في حديث أنس: «أنَّ رسول الله ﷺ نهى عن بيع الثمرة حتى تزهي. قالوا: وما تزهي؟ قال: تحمر. فقال إذا منع الله الثمرة؛ فبم تستحل مال أخيك»^(٤).

ويجاب عنه:

هذا تأويل باطل، من عدة وجوه^(٥):

١- أنَّ النبي ﷺ قال: «لو بعت من أخيك ثمرأ؛ فأصابته جائحة»^(٦). والبيع المطلق لا ينصرف إلا إلى البيع الصحيح.

٢- أنَّ النبي ﷺ أطلق بيع الثمرة، ولم يقل: قبل بدو صلاحها، فتقييد بيعها بقبل بدو صلاحها؛ لا وجه له.

(١) الطحاوي، شرح معاني الآثار، ج ٤، ص ٣٥.

(٢) الخطابي، معالم السنن مع مختصر سنن أبي داود للمنذري، ج ٥، ص ١٢٠.

(٣) ابن حجر، فتح الباري، ج ٤، ص ٢٩٩. الخطابي، معالم السنن، ج ٥، ص ١٢٠.

(٤) أخرجه: البخاري، في صحيحه، كتاب البيوع، باب إذا باع الثمار قبل أن يبدو صلاحها، ثم أصابته عاهة، فهو من البائع، ج ٢، ص ٦٤٧، ٦٤٨. مسلم، في صحيحه، كتاب المساقاة، باب وضع الجوائح، ج ٣، ص ١١٩٠. واللفظ له.

(٥) ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ج ٣٠، ص ٢٧٤.

(٦) سبق تخريجه، ص (٩١).

٣- أن النبي ﷺ قيد ذلك بحال الجائحة، وبيع الثمر قبل بدو صلاحه لا يجب فيه ثمن بحال.

٤- أن المقبوض بالعقد الفاسد مضمون؛ فلو كان الثمر على الشجر مقبوضاً لوجب أن يكون مضموناً على المشتري في العقد الفاسد، وهذا الوجه يوجب أن يحتج بحديث أنس على وضع الجوائح في البيع الصحيح، كما توضع في البيع الفاسد، لأن ما ضمن في الصحيح ضمن في الفاسد، وما لا يضمن في الصحيح، لا يضمن في الفاسد.

الثالث: أن الحديث محمول على وضع الجوائح التي تصيب الناس في الأراضي الخراجية التي خراجها للمسلمين؛ فيوضع ذلك الخراج عنهم؛ لأن في ذلك صلاحاً للمسلمين، وتقوية في عمارة أراضيهم. فأما في المبيعات، فلا ^(١).

ويجاب عنه: بأنه تأويل باطل، ولا يحتمله لفظ الحديث بأي وجه كان، لأنه لم يكن يومئذ على أراضي المسلمين خراج ^(٢).

الرابع: أن الحديث محمول على الندب والإرشاد ^(٣).

يجاب عنه: بأن هذا تأويل خلاف الظاهر، والظاهر يوجب وضع الجائحة. قال ابن عبد البر: «وهذه التأويلات كلها خلاف الظاهر، والظاهر يوجب وضع الجوائح» ^(٤).

٢- ما روي عن جابر، أنه قال: «أمر رسول الله ﷺ بوضع الجوائح» ^(٥).

(١) الطحاوي، شرح معاني الآثار، ج ٤، ص ٣٥.

(٢) الخطابي، معالم السنن، ج ٥، ص ١٢٠.

(٣) الماوردي، الحاوي الكبير، ج ٥، ص ٢٠٨.

(٤) ابن عبد البر، التمهيد، ج ٢، ص ١٩٧.

(٥) أخرجه: مسلم، كتاب المساقاة، باب وضع الجوائح، ج ٣، ص ١١٩١.

وجه الدلالة في الحديث: يقتضي الحديث بمنطوقه وجوب وضع الجائحة،
بدليل أمر النبي ﷺ والأمر يقتضي الوجوب، على الثابت أصولياً، ولا يصرف
عنه إلا بدليل، وقد عدم هنا.

وأجيب عن هذا الاستدلال من وجوه:

الأول: اعترض الإمام الشافعي على حديث جابر بأنه معلول لا يصح
الاحتجاج به، لأن سفيان وهنه؛ فقد كان يذكر كلاماً بعد بيع السنين، وقبل
وضع الجوائح لا يحفظه^(١).

ويجاب عنه: أن الحديث لم يقدح فيه أحد من علماء الحديث، بل
صححوه، ورووه في الصحاح والسنن؛ فرواه مسلم، والدارقطني، والبيهقي،
وأحمد^(٢).

الثاني: أن الحديث محمول على وضع الجوائح في بيع السنين المقترن به^(٣).
والجواب عنه يأتي من وجهين:

١- المتأمل في منطوق الحديث يجده قد ورد بحكمين. الأول: الأمر بوضع
الجوائح، والثاني: النهي عن بيع السنين، وليس هنالك من مانع أن يرد في

(١) الشافعي، الأم، ج ٣، ص ٥٦. الماوردي، الحاوي الكبير، ج ٥، ص ٢٠٨.

(٢) ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ج ٣٠، ص ٢٧٠.

انظر تخريج الحديث: مسلم، في صحيحه، كتاب المساقاة، باب وضع الجوائح، ج ٣، ص ١١٩١.
بلفظ: «أن النبي ﷺ أمر بوضع الجوائح». الدارقطني، في السنن، كتاب البيوع، ج ٣، ص ٣٠،
٣١، بلفظ: «أن النبي ﷺ أمر بوضع الجوائح، ونهى عن بيع السنين». البيهقي، السنن الكبرى،
كتاب البيوع، باب ما جاء في وضع الجائحة، ج ٥، ص ٤٩٨. بلفظ: «أن رسول الله ﷺ نهى
عن بيع السنين، وأمر بوضع الجوائح». أحمد، المسند، ج ٣، ص ٣٠٩. بلفظ: «أن رسول الله ﷺ
نهى عن بيع السنين، وأمر بوضع الجوائح».

(٣) الماوردي، الحاوي الكبير، ج ٥، ص ٢٠٨. ابن حزم، المحلى، ج ٨، ص ٣٨٥.

النص الواحد حكمان؛ فكان إثبات وضع الجوائح فيها - على تأويلهم - دليلاً على مشروعية وضع الجوائح في أي بيع تتصور فيه، لعدم الفارق في ذلك.

٢- إنَّ نهْي النبي ﷺ عن بيع السنين يقتضي منع إجراء مثل هذه البيوع، لإمكان وقوع الجوائح فيها؛ ولأنَّ إثباتها في هذا البيع، ومنعها في غيره يلزم التناقض في نص الحديث، والنبي ﷺ منزه عن ذلك. فكيف يختص الأمر بها ؟

الثالث: أنَّ الأمر بوضع الجائحة محمول على وضعها عن البائع دون المشتري، لأنه يحتمل الأمرين، وليس أحدهما أولى من الآخر^(١).

والجواب عن هذا الاعتراض من وجوه:

١- أنَّ الأمر الوارد في الحديث، والقاضي بوضع الجائحة محمول على أن وضعها يكون عن المشتري دون البائع، بدليل منطوق الحديث الأول.

٢- أنَّ البائع لم يسلم الثمار إلى المشتري على صورتها الأكمل التي تمكنه من الانتفاع بها، بدليل بقاء علاقة البائع متصلة بها، بما تحتاج من مؤونة السقي، وغيره حتى تمكنه من القبض التام. وهنا لم يقبضها المشتري القبض التام، فكيف يتسق ذلك مع اعتراضهم^{١٩}!

٣- إذا أقروا أن الجائحة توضع عن البائع؛ فقد وقعوا في التناقض مع أنفسهم؛ فكيف يتسق ذلك مع اعتراضهم^{٢٠}!

الرابع: أنَّ الأمر الوارد في الحديث محمول على الندب والاستحباب^(٢).

(١) الماوردي، الحاوي الكبير، ج ٥، ص ٢٠٨.

(٢) النووي، شرح النووي بشرح صحيح مسلم، ج ٣، ص ١٦١٣.

ويجاء عنه: إن الأمر يقتضي الوجوب، أصولياً، ولا يجوز صرفه عن الوجوب إلى غيره إلا بقرينة صارفة، والقرينة عدمت هنا.

٤- استدلووا بالقياس؛ فقالوا: تقاس الثمرة على رؤوس الشجر على المنفعة في الإجارة، لأن الثمرة تؤخذ شيئاً فشيئاً، وذلك كالمنفعة تؤخذ شيئاً فشيئاً؛ فإذا تلفت المنافع قبل استيفائها كانت من ضمان المؤجر؛ فكذا الثمار؛ فالمشتري لم يتسلم الثمر، ولم يقبضه القبض التام الذي يوجب نقل الضمان إليه؛ فإن قبض كل شيء بحسبه، وقبض الثمار إنما يكون عند كمال إدراكها شيئاً فشيئاً^(١).

وأجيب عنه: هذا قياس غير صحيح، لأن ما يحدث من منافع الدار غير موجود في الحال، ولا يقدر المستأجر على قبضه؛ فبطلت الإجارة بتلف الدار قبل المدة، وليست الثمرة كذلك، لأنها موجودة، ويمكن للمشتري أن يتصرف فيها؛ فلم يبطل البيع بتلفها بعد التمكن منها^(٢). قال الشافعي: «الدار تكتري سنة ثم تنهدم من قبل تمام السنة مخالفة للثمره تقبض من قبل أن سكنها ليس بعين ترى، وإنما هي بمدة تأتي، فكل يوم منها يمضي بما فيه، وهي بيد المكتري يلزمه الكراء فيه، وإن لم يسكنها إذا خلى بينه وبينها، والثمره إذا ابتيعت وقبضت وكلها في يد المشتري يقدر على أن يأخذها كلها من ساعته، ويكون ذلك له، وإنما يرى تركه إياها اختياراً لتبلغ غاية يكون له فيها أخذه قبلها»^(٣).

(١) الباجي، المنتقى، ج ٦، ص ١٧٢. ابن قدامة، الكافي، ج ٢، ص ٥٣. الزركشي، شرح الزركشي على مختصر الخرقي، ج ٣، ص ٥٢٠. ابن مفلح، المبدع شرح المقنع، ج ٤، ص ١٦٥. ابن القيم، إعلام الموقعين، ج ٢، ص ٣٠٣.

(٢) الماوردي، الحاوي الكبير، ج ٥، ص ٢٠٩.

(٣) الشافعي، الأم، ج ٣، ص ٥٧.

القول الثاني: ذهب أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد^(١)، والشافعي في الجديد^(٢)، وابن حزم^(٣)، إلى عدم وجوب وضع ما أصاب الثمر من تلف عن المشتري، وتكون من ضمانه، وذهبوا إلى استحباب^(٤) وضعها عنه.

وقال به: الليث^(٥)، والثوري^(٦).

وعمدة هذا القول، ما يلي:

١- ما روي عن أبي سعيد الخدري، قال: أصيب رجل في ثمار ابتاعها، وكثر دينه؛ فقال رسول الله ﷺ: «تصدقوا عليه» فتصدق الناس عليه؛ فلم يبلغ ذلك وفاء دينه؛ فقال رسول الله ﷺ: «خذوا ما وجدتم، وليس لكم إلا ذلك»^(٧).

-
- (١) التهانوي، إعلاء السنن، ج ١٤، ص ٤٣. الطحاوي، شرح معاني الآثار، ج ٤، ص ٣٦.
- (٢) الشربيني، مغني المحتاج، ج ٢، ص ٥٠١. الماوردي، الحاوي الكبير، ج ٥، ص ٢٠٥. الرافعي، العزيز شرح الوجيز، ج ٤، ص ٣٥٩. الرملي، نهاية المحتاج، ج ٤، ص ١٥٤. الغزالي، الوسيط في المذهب، ج ٣، ص ١٩٣.
- (٣) ابن حزم، المحلى، ج ٨، ص ٣٨٤.
- (٤) النووي، صحيح مسلم بشرح النووي، المسمى (المنهاج شرح الجامع الصحيح)، ج ٣، ص ١٦١٣.
- (٥) ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج ٥، ص ٥٣. الماوردي، الحاوي الكبير، ج ٥، ص ٢٠٥.
- * الليث هو: الليث بن سعد بن عبد الرحمن الفهمي، أبو الحارث المصري، ثقة ثبت، فقيه، إمام مشهور، من السابعة. ولد سنة أربع وتسعين، ومات في شعبان سنة خمس وسبعين ومائة. انظر: ابن حجر، تقريب التهذيب، ج ٢، ص ١٣٨. السيوطي، طبقات الحفاظ، ص ٩٥.
- (٦) ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج ٥، ص ٥٣. ابن حزم، المحلى، ج ٨، ص ٣٨٤.
- * الثوري هو: سفيان بن سعيد بن مسروق الثوري، أبو عبد الله الكوفي. ثقة، حافظ، فقيه، عابد، إمام حجة، من رؤوس الطبقة السابعة، ولد سنة سبع وتسعين، ومات بالبصرة سنة إحدى وستين ومائة. انظر: ابن حجر، تقريب التهذيب، ج ١، ص ٣١١. السيوطي، طبقات الحفاظ، ص ٨٨، ٨٩.
- (٧) أخرجه: مسلم، في صحيحه، كتاب المساقاة، باب استحباب الوضع من الدين، ج ٣، ص ١١٩١.

وجه الدلالة من الحديث:

إنَّ النبي ﷺ لم يحكم بالجائحة، بدليل أنَّ الجوائح لو كانت مضمونة على المشتري لما أحوجه إلى الصدقة، وجعل لغرمائه ما وجدوه، ولكان يجعلها مضمونة على بائعها، ويضعها عن المشتري؛ فدل ذلك على أنها لو كانت توضع لم يفتقر إلى ذلك^(١).

وأجيب عن هذا الاستدلال من وجوه:

- ١- أن هذه واقعة عين؛ فيحتمل أن يكون أصيب في غير الوقت الذي تجب فيه الجائحة، مثل أن يصاب بعد الجذاذ، أو الطيب أو حوزها إلى الجرين، أو إلى البيت أو إلى السوق^(٢).
- ٢- ويحتمل أن يكون البائع عديماً؛ فلم يقض عليه بوضع الجائحة^(٣).
- ٣- ويحتمل أن يكون المقدار الذي أصيب من الثمر مقداراً لا تلزم فيه الجائحة^(٤).
- ٤- ويحتمل أن يكون هذا قبل نهيهِ عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها^(٥).
- ٥- قالوا: هذا كلام مجمل؛ لأنه حكى أن رجلاً اشترى ثماراً فكثرت ديونه؛ فيمكن أن السعر كان رخيصاً، فكثرت ديونه^(٦).

(١) ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج ٥، ص ٥٤. الماوردي، الخاوي الكبير، ج ٣، ص ١١٩١.

(٢) ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج ٥، ص ٥٥. الزركشي، شرح الزركشي، ج ٣، ص ٥٢١. ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ج ٣٠، ص ٢٧٣.

(٣) ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج ٥، ص ٥٥.

(٤) المرجع السابق، ج ٥، ص ٥٥.

(٥) ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ج ٣٠، ص ٢٧٣.

(٦) المرجع السابق، ج ٣، ص ٢٧٣.

٦- قالوا: ليس في الحديث أنه أصيب بجائحة، وليس في الحديث أنها كانت جائحة عامة، وبذلك لو قدر أن المصيبة كانت جائحة؛ فليس في الحديث أنها كانت جائحة عامة، بل لعلها جائحة خاصة كسرقة اللصوص، مما يمكن الاحتراز منهم، ومثل هذا لا يكون جائحة تسقط الثمن عن المشتري؛ بخلاف نهب الجيوش، والتلف بأفة سماوية، وإن قدر أن الجائحة عامة؛ فليس في الحديث ما يبين أن التلف لم يكن بتفريطه في التأخير، ولو قدر أن التلف لم يكن بتفريطه؛ فليس فيه أنه طلب الفسخ، وأن توضع عنه الجائحة، بل لعله رضي بالمبيع، ولم يطلب وضع الجائحة^(١).

قال الشوكاني: «... فغير صالح للاستدلال به على محل النزاع، لأنه لا تصريح فيه بأن ذهاب ثمرة ذلك الرجل كان بعاهات سماوية، وأيضاً، عدم نقل تضمين بائع الثمرة لا يصلح للاستدلال به، لأنه قد نقل ما يشعر بالتضمن على العموم؛ فلا ينافيه عدم النقل في قضية خاصة»^(٢).

٧- قالوا: إن كان هذا الحديث مخالفاً، لكان منسوخاً، لأنه باقٍ على حكم الأصل، وحديث جابر ناقل عنه، وفيه سنة جديدة؛ فلو خولفت لوقع التغيير مرتين^(٣).

٢- ما روي عن أبي الرجال محمد بن عبد الرحمن، عن أمه عمرة بنت عبد الرحمن، أنه سمعها تقول: ابتاع رجل ثمر حائط في زمان رسول الله ﷺ؛ فعالجه، وقام فيه، حتى تبين له النقصان؛ فسأل ربّ الحائط أن يضع له، أو أن يقله؛ فحلف أن لا يفعل؛ فذهبت أم المشتري إلى رسول الله ﷺ فذكرت ذلك

(١) ابن القيم، إعلام الموقعين، ج ٢، ص ٣٠٣، ٣٠٤.

(٢) الشوكاني، نيل الأوطار، ج ٥، ص ٢٦٠.

(٣) ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ج ٣٠، ص ٢٧٣.

له؛ فقال رسول الله ﷺ: «تألى أن لا يفعل خيراً؛ فسمع بذلك ربُّ الحائط؛ فأتى رسول الله ﷺ؛ فقال: يا رسول الله ﷺ هو له»^(١).

وجه الدلالة في الحديث: يأتي وجه الاستدلال من الحديث من وجهين^(٢):

الأول: أن النبي ﷺ أخرج الخط عن المشتري الخير والفضل، لا يخرج الوجوب والحثم.

الثاني: أن النبي ﷺ لم يجبر البائع على الخط عن المشتري حتى بلغ البائع ذلك؛ فتطوع بحطه عنه، ولو كان واجباً لأجبره عليه.

قال الشافعي: «ولو كان الحكم عليه أن يضع الجائحة لكان أشبه أن يقول ذلك لازم له حلف أو لم يحلف، وذلك أن كل من كان عليه حق قيل هذا يلزمك أن تؤديه، إذا امتنعت من حق؛ فأخذ منك بكل حال»^(٣).

وأجيب عن هذا الاستدلال من وجوه:

١- أن الحديث ليس فيه إلا قول النبي ﷺ: «تألى أن لا يفعل خيراً» والخير قد يكون واجباً، وقد يكون مستحباً، ولذلك؛ فلا حجة لهم فيه، لأن فعل الواجب خير؛ فإذا تألى أن لا يفعل الواجب؛ فقد تألى ألا يفعل خيراً^(٤).

(١) أخرجه: مالك، في الموطأ، كتاب البيوع، باب الجائحة في بيع الثمار والزرع، ص ٣٧٩، ٣٨٠. البيهقي، السنن الكبرى، كتاب البيوع، باب من قال لا توضع الجائحة، ج ٥، ص ٤٩٧. أحمد، المسند، ج ٦، ص ٦٩. والحديث ضعيف، لأن في سنده حارثة بن أبي الرجال، وهو ضعيف لا يحتج به. انظر: البيهقي، السنن الكبرى، ج ٥، ص ٤٩٨.

(٢) الماوردي، الحاوي الكبير، ج ٥، ص ٢٠٧.

(٣) الشافعي، الأم، ج ٣، ص ٥٧.

(٤) ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ج ٣٠، ص ٢٧٣. ابن قدامة، المغني، ج ٤، ص ٧٨.

- ٢- قالوا: إنها قضية عين؛ فيحتمل أنه اشتراها بعد اليبس، وهذا نقول به ^(١).
- ٣- ويحتمل أن تكون الجائحة هنا بفعل آدمي، والضمان عليه ^(٢).
- ٤- ويحتمل أن النبي ﷺ علم أنه ينزجر بقوله، ويخرج من الحق؛ فلم يحتج إلى طلبه ^(٣). ويشهد لذلك ما جاء في مسند الإمام أحمد: «أن الرجل بلغه؛ فأتى النبي ﷺ؛ فقال: يا رسول الله إن شئت الثمر كله، وإن شئت ما وضعوا؛ فوضع عنهم ما وضعوا» ^(٤). وبما في موطأ مالك؛ فسمع بذلك ربُّ الحائط؛ فأتى رسول الله ﷺ؛ فقال: «يا رسول الله هو له» ^(٥).
- ٥- يحتمل أن ذلك كان قبل الأمر بوضع الجوائح، على أنه ليس في الحديث أنَّ الثمرة أصابتها جائحة ^(٦).
- ٦- ويحتمل أن المشتري دخل على الثمار بعفن، وغيره، وما دخل عليه لا يسقط عنه ^(٧).
- ٧- قالوا: إنَّ الإيجاب لا يفعله النبي ﷺ بمجرد قول المدعي من غير إقرار من البائع، ولا حضور البيئة ^(٨).
- ٨- قالوا: إنَّ حديث عمرة مرسل. قال الشافعي: «وحديث مالك عن عمرة مرسل، وأهل الحديث، ونحن لا نثبت مرسلًا، ولو ثبت حديث عمرة كانت فيه - والله أعلم - دلالة على أن لا توضع الجائحة» ^(٩).

(١) القرافي، الذخيرة، ج ٥، ص ٢١٥. ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ج ٣٠، ص ٢٧٣.

(٢) الزركشي، شرح الزركشي، ج ٣، ص ٥٢٢.

(٣) الزركشي، شرح الزركشي، ج ٣، ص ٥٢٢.

(٤) أخرجه: أحمد، المسند، ج ٦، ص ١٠٥.

(٥) أخرجه: مالك، الموطأ، كتاب البيوع، باب الجائحة في بيع الثمار والزروع، ص ٣٨٠.

(٦) الزركشي، شرح الزركشي، ج ٣، ص ٥٢٢.

(٧) القرافي، الذخيرة، ج ٥، ص ٢١٥.

(٨) ابن قدامة، المغني، ج ٤، ص ٧٨.

(٩) الشافعي، الأم، ج ٣، ص ٥٧.

٩- في سنده حارثة بن أبي الرجال، وهو ضعيف، لا يحتج به ^(١).

٣- بما روي عن انس بن مالك، أن رسول الله ﷺ: «نهى عن بيع الثمرة حتى تزهي. قالوا: وما تزهي؟ قال: تحمر؛ فقال: إذا منع الله الثمرة؛ فبم تستحل مال أخيك؟» ^(٢).

وجه الدلالة في الحديث:

قالوا: إنه لو كانت الجائحة مضمونة على البائع لما استضر المشتري بالجائحة قبل بدو الصلاح، ولما كان لنهيه عنه حفظاً لمال المشتري بالجائحة وجه، لأنه محفوظ إن تلف في الحالين بالرجوع على البائع؛ فلما نهى عن البيع في الحال التي يخاف من الجائحة فيها، لأن لا يأخذ مال المشتري بغير حق، علم أن الجائحة لا تكون مضمونة على البائع، وأنها مضمونة فيما صح بيعه على المشتري ^(٣).

ويجاب عن هذا الاستدلال من وجهين:

١- أن معنى الحديث بم تستحل جواز الأخذ؛ فهو إنكار على البائع في أخذ الثمن ^(٤). نظيره قوله تعالى: ﴿وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ﴾ [النساء: ٢١].

٢- ويجاب عنه بما ذكر من ردود عند حملهم لحديث جابر على معنى هذا الحديث.

(١) البيهقي، السنن الكبرى، ج ٥، ص ٤٩٨.

(٢) أخرجه: البخاري، في صحيحه، كتاب البيوع، باب إذا باع الثمار قبل أن يبدو صلاحها ثم أصابته عاهة، فهو من البائع، ج ٢، ص ٦٤٧-٦٤٨. مسلم، في صحيحه، كتاب المساقاة، باب وضع الجوائح، ج ٣، ص ١١٩٠.

(٣) الماوردي، الحاوي الكبير، ج ٥، ص ٢٠٦.

(٤) الزركشي، شرح الزركشي، ج ٣، ص ٥٢٣.

٤- استدلو بالقياس:

قالوا: إنَّ الثمرة تصير مقبوضة على رؤوس الشجر بالتمكين والتخلية،
بدليل أن للمشتري بيعها والتصرف فيها بعد التمكين منها، ولو لم تكن مقبوضة
لم يجز له ذلك؛ فكان ما تلف تالفاً بعد القبض؛ فكانت التخلية كافية في جواز
نقل الضمان قياساً على العقار^(١).

ويجيب عن هذا الاستدلال، بما يلي:

إنَّ قبض الثمر لا بد فيه من الخدمة، والتخلية المستمرة إلى كمال الصلاح،
وهذا بخلاف قبض مجرد الأصول، فافتراقاً؛ فإن الثمرة يبقى فيها حق توفية من
السقي واستحقاق البقاء إلى الجذاذ، بحيث لو ترك البائع ذلك كان مفراطاً، لأن
المشتري له أن يقبض المبيع على الوجه المعتاد الذي اقتضاه العقد، سواء كان
القبض مستعقباً للعقد، أو متأخراً عنه، وسواء كان جملة، أو شيئاً فشيئاً، وبذلك
لا يصح قولهم بأنه تلف بعد القبض، بل تلف قبل تمام القبض؛ فيكون مضموناً
على بائعه، ويؤيده أن التخلية ليست مقصودة لذاتها، وإنما مقصودها تمكين
المشتري من قبض المبيع^(٢).

القول المراجع:

المراجع ما ذهب إليه المالكية، والشافعية في القديم، والحنابلة، من وجوب
وضع الجائحة عن المشتري، وذلك لما يلي:

(١) الشربيني، مغني المحتاج، ج ٢، ص ٥٠١. الماوردي، الحاوي الكبير، ج ٥، ص ٢٠٧. الرافعي،
العزیز شرح الوجيز، ج ٤، ص ٣٥٩.

(٢) القرافي، الذخيرة، ج ٥، ص ٢١٤. ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ج ٣٠، ص ٢٧٤ - ٢٧٧.

- ١- استندوا في قولهم هذا إلى أحاديث صحيحة السند، ورد ذكرها في الصحاح والسنن والمسانيد، ولم يطعن بها من جهة صحتها. قال ابن حزم، وهو ممن عارض الأخذ بوضع الجوائح: «وهذا قول له متعلق بأثر صحيح»^(١).
- وقال الطحاوي: «هذه الآثار المروية عن رسول الله ﷺ التي ذكرتموها؛ فمقبول صحيح على ما جاء، ولسنا ندفع من ذلك شيئاً لصحة مخرجه، ولكننا نخالف التأويل الذي تأولها عليه أهل المقال الأولى»^(٢) فهذا قول المخالف يشهد لهم بصحة مستندهم.
- ٢- استندوا في قولهم هذا على مراد النص، ولم يخرجوا عنه، وقام المخالف بتأويلها بما لا يتفق مع ظاهر هذه الآثار، وهذا ما شهد به الإمام الطحاوي في قوله السابق. وقال ابن عبد البر: «وهذه التأويلات كلها خلاف الظاهر، والظاهر يوجب وضع الجوائح»^(٣).
- ٣- استندوا إلى الأمر الوارد بالنصوص المتعلقة بوضع الجوائح، والأمر قاضٍ بوجوب وضعها، ومعلوم أصولياً، أن الأمر يقتضي الوجوب حيث لم توجد قرينة صارفة له؛ فبقي الأمر على دلالته.
- ٤- ما استدل به الفريق الآخر لم يكن نصّاً في المسألة، كما استدل به الفريق القائل بوضعها.
- ٥- يضاف إلى ما سبق، أن حديث عمرة الذي استند إليه من قال بعدم وضع الجوائح، حديث مرسل، وفيه حارثة بن أبي الرجال، وهو ضعيف.

(١) ابن حزم، المحلى، ج ٨، ص ٣٨٥.

(٢) الطحاوي، شرح معاني الآثار، ج ٤، ص ٣٥.

(٣) ابن عبد البر، التمهيد، ج ٢، ص ١٩٧.

قال الشافعي: «حديث مالك عن عمرة مرسل، وأهل الحديث ونحن لا نثبت مرسلًا، ولو ثبت حديث عمرة، كانت فيه - والله أعلم - دلالة على أن لا توضع الجائحة»^(١).

وهذا مما يضعف مستندهم في الاستدلال، وبالتالي الأخذ بقولهم.
٦- ومما يؤيد هذا القول أن تلف المقصود المعقود عليه قبل التمكين من قبضه يوجب إعمال مبدأ الجوائح، رفعا لما يترتب على التلف من ضرر يلحق بالمشتري.

العلاقة بين مبدأ الجوائح، ومبدأ العذر الطارئ:

تأسيساً على ما سبق بيانه؛ فإن الضرر اللاحق بالمشتري من جراء ما أصاب الثمر المعقود عليه من جائحة البرد، أو الحر، أو العفن، ونحوها، مما ينقص المنفعة المقصودة المستحقة بالعقد عليه، يعتبر من أهم مسوغات الأخذ بمبدأ الجوائح في بيع الثمار.

فأصل الجائحة يقوم على الاستئصال والهلاك، كلاً أو بعضاً، مما لا يمكن للمشتري من الانتفاع في شيء من المنفعة المقصودة بالعقد، وهذا المانع من تحقيق المقصود هو سبب الضرر غير المستحق في العقد.

ومن أجل هذا المعنى حكم الرسول ﷺ بوضع الجائحة عن المشتري، وذلك بما روي عن جابر أنه قال: «أمر رسول الله ﷺ بوضع الجوائح»^(٢). وبما قرّره النبي ﷺ في قوله: «أرأيت إذا منع الله الثمرة، بم يأخذ أحدكم مال أخيه»^(٣). قال ابن تيمية: «فيه بيان أن في ذلك أكلاً للمال بالباطل، حيث أخذه في عقد معاوضة بلا عوض مضمون»^(٤).

(١) الشافعي، الأم، ج ٣، ص ٥٧.

(٢) سبق تخريجه، ص (٩٣).

(٣) سبق تخريجه، ص (٩١) تعليق (٢).

(٤) ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ج ٢٩، ص ٤٨.

مما يعني ذلك، أن المضي على موجب العقد في ظل الجائحة، وما تحدثه من تلف للثمر، كلاً أو بعضاً، مع استيفاء البائع عوضه ضاراً بالمتعاقد الآخر ضرراً لم يستحقه بالعقد، بل يعتبر أكلاً لبدله بالباطل، لأن البائع أخذ العوضين دون تسليم العوض الآخر. ومعلوم أن المقصود من العقود المالية، هو التقابض؛ فعقد بيع الثمار، عقد معاوضة، والمعاوضة تقوم على المبادلة؛ فكل من المتعاقدين يطلب من الآخر تسليم ما عقد عليه^(١).

هذا، فإذا تلف، تلف الثمر قبل التمكين من قبضه؛ فلا يجب على المشتري أداء الثمن؛ فإذا أخذ منه شيئاً، كان بغير حق، بل بالبطل^(٢)، حسب ما تقتضيه الأدلة في هذا الخصوص، منعاً للظلم أيّاً كان مصدره.

إذن، فساد الثمر كلاً أو بعضاً، بالجائحة، هو منشأ الضرر الزائد اللاحق بالمشتري، بحيث يعجز عن المضي على موجب العقد، والإيفاء بالتزاماته. وهذا ما دعا فقهاء المالكية والحنابلة للقول بمبدأ الجوائح، دفعاً له.

وأيضاً؛ فإن مصدر هذا الضرر، قد يكون من آفة سماوية، أو من فعل آدمي، وهو أمر طارئ على العقد، لا إرادة لكل منهما في نشوئه؛ فهو بذلك غير مستحق في أصل العقد، حتى يتحمل تبعته المشتري. مما يستوجب ذلك إيقاف إلزامية العقد في مثل هذه الحالة، بالقدر الذي يؤدي إلى معالجة الأضرار الناتجة عن الجائحة التي تؤدي إلى الإخلال البيّن بالتزامات الواردة بين المتعاقدين، للمحافظة على مبناه، وهو الرضا، وأساس وجوده؛ فالمعاوضة - قبلاً - تقوم في أساسها على المساواة بين الطرفين، لأنه لم يبذل أحدهما ما

(١) ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ج ٣٠، ص ٢٦٤. الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٤، ص ٤٩٧. الشرقاوي، حاشية الشرقاوي على تحفة الطلاب، ج ٢، ص ٢١٩.

(٢) ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ج ٣٠، ص ٢٦٦.

بذل إلا ليحصل له ما طلبه^(١)؛ فإذا اختلت المساواة، اختل مبناها بدهياً، ولذلك يرد مبدأ الجوائح قيداً على مبدأ الرضائية في العقود، تحقيقاً للعدالة^(٢).

أما الغاية من مبدأ الجوائح؛ فهي أمر مقطوع فيه، بعد هذا البيان، وهو رفع الضرر، وإعادة التوازن المالي في العقد إلى نصابه^(٣)، مما يعني، أن سنده مستقر في مبادئ العدالة التي أقرها التشريع الإسلامي في أصوله وقواعده.

هذا القدر متفق عليه بين مبدأ الجوائح، ومبدأ العذر الطارئ، الأمر الذي تبدى في الأمور التالية:

١- من حيث السبب؛ فسببهما أمر طارئ على العقد، خارج عن إرادة عاقيه، نشأ بسببه الضرر الزائد اللاحق بالمدين، وذلك بمنعه من استيفاء حقه أصالة منه؛ فسوغ الأخذ بهما.

٢- من حيث الأثر؛ فكل من الجائحة والعذر يؤدي إلى الإخلال البيّن باقتصاديات العقد؛ وذلك بتحميل المدين أعباء مالية غير مستحقة في أصل العقد، واستيفاء الدائن حقه كاملاً. ومما لا شك فيه أن هذا هو الضرر بعينه.

٣- من حيث الغاية؛ فغايتتهما رفع الضرر عن الطرف المتضرر؛ وإعادة التوازن المالي والحقوقى إلى العقد ما أمكن.

ويتفرع عن ذلك، أنهما يردان قيداً على مبدأ الرضا في العقود، تحقيقاً للعدالة فيها.

(١) المرجع السابق، ج ٣٠، ص ٢٦٦.

(٢) الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، ص ٢٠٩.

(٣) ناجي، التوازن الاقتصادي في العقد أثناء تنفيذه، ص ٢٥. موافق، الضرر في الفقه الإسلامي،

ج ٢، ص ٥٨٠.

أوجه الخلاف بينهما، تتمثل في ما يلي:

أولاً: من حيث محل العقد: الجائحة أمر طارئ حادث بأفة سماوية - وهي الأغلب الأعم - أو من فعل آدمي، يطرأ على محل العقد وهو الثمار المبتاعة^(١).
ووضع جائحة الثمار موضع اتفاق بين فقهاء المالكية^(٢) والحنابلة^(٣)، إذا تحقق شروط وضعها، استناداً إلى الأدلة التي وردت في حكم وضع الجائحة.
وأما جائحة الزرع؛ فقد اختلف الفقهاء في حكم وضعها على قولين:
القول الأول: ذهب المالكية^(٤)، والحنابلة في القول الراجح^(٥) إلى أن جائحة الزرع لا توضع عن المشتري.
وسندهم في ذلك، ما يلي:

١ - قالوا: إنَّ الزرع لا يحل بيعه إلا بعد يَبَسه واستحصاده؛ فتأخيره محض تفريط من المشتري؛ فلا يوضع عنه شيء من الثمن^(٦).

(١) الترماني، عبد السلام، نظرية الظروف الطارئة، ص ٨٥.

(٢) الخرشي، حاشية الخرشي، ج ٦، ص ٤٠. ابن جزى، القوانين الفقهية، ١٧٣. ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج ٥، ص ٥٦. القرافي، الذخيرة، ج ٥، ص ٢١٧.

(٣) البهوتي، كشف القناع، ج ٣، ص ٢٨٥. الرحيباني، مطالب أولي النهى، ج ٣، ص ٢٠٣. ابن مفلح، المبدع شرح المقنع، ج ٤، ص ١٦٧. ابن قدامة، المغني، ج ٤، ص ٧٧.

(٤) الخطاب، مواهب الجليل، ج ٦، ص ٤٦٢. ابن مهنا، الفواكه الدواني، ج ٢، ص ٢١٣. ابن جزى، القوانين الفقهية، ص ١٧٣.

(٥) البهوتي، كشف القناع، ج ٣، ص ٢٨٦. المرداوي، الإنصاف، ج ٥، ص ٦٤. ابن تيميه، مجموع الفتاوى، ج ٣٠، ص ٢٨٠.

(٦) ابن مهنا، الفواكه الدواني، ج ٢، ص ٢١٣. الخطاب، مواهب الجليل، ج ٦، ص ٤٦٢. الزركشي، شرح الزركشي، ج ٣، ص ٥٢٨.

٢- قالوا: إنَّ التسليم حصل بتخلي البائع عنه إلى المشتري، لأنه لا يحتاج إلى بقاءه في أصله ليتم صلاحه؛ فليس هنالك منفعة مستثناة يستنظر استيفاءها^(١).

القول الثاني: ذهب الحنابلة في القول المرجوح^(٢) إلى أن جائحة الزرع توضع عن المشتري.

وسندهم في ذلك القياس: يقاس الزرع على الثمر^(٣).

قال ابن تيمية: «... ولم يفرقوا بين ذلك وبين الثمرة، لأن النبي ﷺ: «نهى عن بيع العنب حتى يسود، وبيع الحب حتى يشتد»^(٤)؛ فبيع هذا بعد اسوداده، كبيع هذا بعد اشتداده، ومن حين يشتد إلى حين يستحصد مدة، قد تصيبه فيها جائحة»^(٥).

والراجع أن جائحة الزرع توضع، لأن الفترة التي تكون بعد اشتداده إلى حصاده، هي مطلوب المشتري.

واختلف الفقهاء كذلك في حكم وضع جائحة البقول على قولين:

القول الأول: ذهب المالكية في القول المشهور^(٦)، والحنابلة في قول^(٧) إلى أن جائحة البقول توضع.

(١) الباجي، المتقى شرح موطأ مالك، ج ٦، ص ١٧٤.

(٢) المرداوي، الإنصاف، ج ٥، ص ٦٤. ابن مفلح، الفروع، ج ٤، ص ٧٨. ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ج ٣٠، ص ٢٨٠.

(٣) الزركشي، شرح الزركشي، ج ٣، ص ٥٢٨.

(٤) أخرجه: أبو داود، في سننه، كتاب البيوع، باب في بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها، ج ٢، ص ٢٧٣. الترمذي، في سننه، كتاب البيوع، باب ما جاء في كراهية بيع الثمرة قبل أن يبدو صلاحها، ج ٣، ص ١٣. والحديث صحيح. انظر: الألباني، إرواء الغليل، ج ٥، ص ٢١١.

(٥) ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ج ٣٠، ص ٢٨١.

(٦) الخطاب، مواهب الجليل، ج ٦، ص ٤٦٥. التسولي، البهجة في شرح التحفة، ج ٢، ص ٤٧. ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج ٥، ص ٥٦.

(٧) المرداوي، الإنصاف، ج ٥، ص ٦٤. ابن مفلح، المبدع شرح المقنع، ج ٤، ص ١٦٦.

دليل ذلك: قياس البقول على الثمار، ووجه ذلك أن الثمار تترك في الأصل لمعنى معتاد مقصود، من سقي، ونحوه؛ فكذلك البقول^(١).

القول الثاني: ذهب المالكية في قول^(٢)، والحنابلة في قول^(٣) إلى أن جائحة البقول لا توضع.

دليل ذلك: أن البقول لا تحتاج إلى بقية في أصلها، وبالتالي ليس فيها حق توفية على البائع؛ فينتقل الضمان إلى المشتري في ذلك^(٤).

والراجع أن جائحة البقول توضع، لأنها تحتاج إلى بقية في أصلها، لتمام صلاحها، وهو معنى مقصود للمشتري.

هذا؛ وقد تطرأ الجائحة على الزرع والبقول، كما تطرأ على الثمار وأياً ما كان محل العقد؛ فالطارئ - الجائحة - لا يقع إلا على محل الالتزام الوارد في العقد، ولا متعلق له بأشخاص العقد فيما يطرأ عليهم من طوارئ تخل بالوفاء بالالتزام.

أما متعلق العذر الطارئ؛ فيتصور من جانبين:

١ - أشخاص العقد (الدائن والمدين): اعترف الفقه الإسلامي بالظرف الشخصي^(٥)، وجعله موضع تقدير واعتبار في تشريع أحكام مبدأ العذر

(١) الباجي، المنتقى شرح موطأ مالك، ج ٦، ص ١٧٥. ابن مهنا، الفواكه الدواني، ج ٢، ص ٢١٤. ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ج ٣٠، ص ٢٨١.

(٢) الباجي، المنتقى شرح موطأ مالك، ج ٦، ص ١٧٥. ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج ٥، ص ٥٦.

(٣) المرادوي، الإنصاف، ج ٥، ص ٦٤. ابن مفلح، المبدع شرح المقنع، ج ٤، ص ١٦٦.

(٤) الباجي، المنتقى شرح موطأ مالك، ج ٦، ص ١٧٥. ابن نصر، المعونة على مذهب عالم المدينة، ج ٢، ص ٥٠.

(٥) الدريني، النظريات الفقهية، ص ١٤٧.

الطارئ، على اعتبار أنه الأكثر وقوعاً في جانب من يمارس إبرام العقد؛ فكل متعاقد يقدم على التعاقد، وهو يضع في حسابه مقدراته وظروفه من حيث التنفيذ، والإيفاء بالتزاماته؛ فإذا طرأ عليه من الأعذار الطارئة ما يمنعه من الاستمرار على موجب العقد، وجب عندئذ الاعتداد بها، لأنها لم تكن موضع تقدير واعتبار عند التعاقد. بل يلزم عنها ضرر زائد بمن وقع العذر الطارئ في جانبه.

ومثاله، عقد الإجارة^(١)؛ فقد يكون العذر الطارئ في جانب المستأجر، وقد يكون في جانب المؤجر.

أما الذي في جانب المستأجر؛ فنحو: الإفلاس، أو السفر، أو الانتقال من حرفة إلى حرفة، ونحوها.

أما الذي في جانب المؤجر؛ فنحو: أن يلحقه دين فادح، لا يجد قضاءه إلا من ثمن العين المستأجرة، ونحوه.

فالأعذار الطارئة التي وقعت في جانب كل من المستأجر والمؤجر تحمل دلالة اعتبار الظرف الشخصي في مبدأ العذر الطارئ؛ فما السفر، والإفلاس، والدين الفادح، إلا أعذار تمس أشخاص العقد، في حين لم يتأثر محل الالتزام - العين المؤجرة - بشيء من ذلك، بل بقي سليماً من تأثيرها.

٢- محل العقد: اعتدَّ مبدأ العذر الطارئ في أحكامه بالظرف الموضوعي الواقع على محل العقد، بحيث يحدث في محل الالتزام ما يمنع الانتفاع بها، أو ينقص المنفعة المرادة منها^(٢).

(١) الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٤، ص ٥٥. ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج ٩، ص ٩٦. الزيلعي، تبين الحقائق، ج ٦، ص ١٦٠. الهروي، علي بن سلطان، فتح باب العناية بشرح الثقة، ج ٢، ص ٤٤٣.

(٢) الطوري، تكملة البحر الرائق كنز الدقائق، ج ٨، ص ٦٥.

ومن الأمثلة الدالة على ذلك ما ذكره فقهاء الحنفية في عقد الإجارة، منها الإجارة على قطع اليد المتأكلة، ثم برأت، أو الإجارة على قلع الضرس، فبرأ؛ فهو عذر تفسخ به الإجارة، ومنها بلوغ الصبي المستأجر من قبل الوصي؛ فبلغ في المدة فهو عذر يبيح فسخ الإجارة. ونحوها^(١).

هذا؛ فمبدأ العذر الطارئ اعترف بالظرف الشخصي، والظرف الموضوعي في أحكامه، وأوجب الحلول المناسبة لها. في حين اقتصر مبدأ الجائحة على الظرف الموضوعي، وهو ما اقتصر على اقتصاديات العقد المادية التي تعلق بها الالتزامات دون الاعتداد بأشخاص العقد.

ثانياً: من حيث الأثر الجزائي:

يقوم الأثر الجزائي في مبدأ الجائحة على تحميل البائع تبعة التالف بالجائحة، وذلك بأن يسقط عن المشتري من ثمن الثمار بقدر ما أذهبت عليه الجائحة من ثمره، ويمسك الباقي بقسطه من الثمن^(٢).

ويستند الأثر الجزائي في أساسه على رفع الأثر الضارّ للجائحة عن المشتري بقدر ما اختل محل التزامه، وهو الثمر، ولذلك يتفاوت قدر ما يجب أن يسقط عنه تبعاً لذلك، لأن قدر التالف بالجائحة الطارئة يتفاوت بحسب قوة تأثيرها على الثمر^(٣).

(١) الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٤، ص ٥٧. ابن عابدين، ردّ المختار على الذّر المختار، ج ٩، ص ٩٥.

(٢) ابن قيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، ج ٤، ص ٣٢٩. ابن النجار، منتهى الإرادات، ج ٢، ص ٣٧٨. الزركشي، شرح الزركشي على مختصر الخرق، ج ٣، ص ٥٢٥.

(٣) وهذا الجزء مقيد من قبل المشتري بأن يتخذ كافة الإجراءات الوقائية والعلاجية، من مبيدات، وأدوية، ومعدات، ونحوها، تكفل حماية الثمر من أثر الجائحة، قدر الإمكان.

ودلالة ذلك، أنَّ جزءاً مبدأً الجائحة ليس على إطلاقه، لأنه يعتمد في تقديره على مقدار ما يجب وضعه من الجائحة؛ فهل يعتبر قليلها وكثيرها، أم ثلثها؟

وهذا يختلف باختلاف سبب الجائحة؛ فما أصاب الثمر من يسير العفن، وما أكل الطير، ونثر الريح، مما جرت العادة بتلف مثله؛ فإنه من ضمان المشتري، لأن الثمار لا تنفك عن ذلك، ولا تسلم منه، والمشتري يدخل على الرضا بما بقي منها، ولأنه معلوم الوجود بحكم العادة؛ فكأنه مشروط في العقد؛ فلزمه الثمن فيها^(١).

أما ما يصيب الثمر بسبب جائحة العطش؛ فيوضع مطلقاً، قليله وكثيره، لأن السقي مشترى، والأصل الرجوع بالمشتري، أو أجزائه إذا لم تقبض، ولأنه يجب على البائع تسليم ذلك كاملاً، ولا يكون ذلك إلا بالسقي^(٢).

واختلف من قال بوضع الجائحة في المقدار الذي تجب فيه الجائحة فيما ينفك عنه غالباً، على قولين:

القول الأول: توضع قليلها وكثيرها، وهو مذهب الحنابلة في أشهر الروايتين^(٣)، والقول المعتمد للمالكية في البقول^(٤).

(١) الباجي، المتقى شرح موطأ مالك، ج ٦، ص ١٨٠. ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج ٥، ص ٥٧. ابن قدامة، المغني، ج ٤، ص ٧٨-٧٩. ابن مفلح، المبدع شرح المقنع، ج ٤، ص ١٦٦.

(٢) الخطاب، مواهب الجليل، ج ٦، ص ٤٦٤. القرافي، الذخيرة، ج ٥، ص ٢١٣. ابن مفلح، الفروع، ج ٤، ص ٧٩. التنوخي، المتع في شرح المقنع، ج ٣، ص ١٧٢.

(٣) التنوخي، المتع في شرح المقنع، ج ٣، ص ١٧٤. ابن قدامة، المغني، ج ٤، ص ٧٨. ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ج ٣٠، ص ٢٧٩.

(٤) ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج ٥، ص ٥٧. ابن جزى، القوانين الفقهية، ص ١٧٣. ابن عرفة، حاشية الدسوقي، ج ٣، ص ١٨٦.

وسند هذا القول: عموم الأخبار الواردة بوضع الجوائح؛ فإنَّ النبي ﷺ أمر بوضع الجوائح، وما دون الثلث داخل فيه؛ فيجب وضعه عنه ^(١).

ولأن الثمرة لم يقبضها المشتري؛ فكان ما تلف من ضمان البائع ^(٢).

القول الثاني: إنَّ الجائحة لا توضع إلا إذا بلغت الثلث فما فوق. وهو مذهب المالكية في الثمار، والقول الثاني في البقول ^(٣)، والحنابلة في رواية ^(٤).

وسند هذا القول: قالوا: إنَّه لا بد من تلف بعض الثمر في العادة، وهذا يتطلب عند تقدير الجائحة إلى ضابط يفصل بينه وبين الجائحة، وقد وجد أنَّ الشرع قد اعتبر الثلث في مواضع، كالوصية، ونحوها؛ فتقدر بها، لأن الثلث داخل في حدِّ الكثرة، وما دونه داخل في حدِّ القلة، لقول الرسول ﷺ: «الثلث، والثلث كثير» ^(٥)؛ فدل على أنَّه آخر حد الكثرة؛ فلهذا قدر به ^(٦).

أما اعتبار الثلث بالبقول؛ فذلك بالقياس على الثمر ^(٧).

القول الرابع :

إنَّ مردَّ وضع الجوائح هو العرف؛ فما جرى العرف بوضعه، وضع عن المشتري، قليلاً أم كثيراً، دليله الأمر الوارد في أحاديث الجوائح؛ فقد ورد مطلقاً،

(١) ابن قدامة، المغني، ج ٤، ص ٧٨. التنوخي، المتع في شرح المقنع، ج ٣، ص ١٧٤.

(٢) ابن قدامة، المغني، ج ٤، ص ٧٨.

(٣) الخرشي، حاشية الخرشي، ج ٦، ص ٤٠. ابن عبد البر، التمهيد، ج ٢، ص ١٩٦. ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج ٥، ص ٥٧. ابن مهنا، الفواكه الدواني، ج ٢، ص ٢١٤.

(٤) ابن قدامة، المغني، ج ٤، ص ٧٨. ابن مفلح، المبدع شرح المقنع، ج ٤، ص ١٦٦. التنوخي، المتع في شرح المقنع، ج ٣، ص ١٧٤. ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ج ٣٠، ص ٢٧٩.

(٥) أخرجه البخاري، في صحيحه، كتاب الوصايا، باب الوصية بالثلث، ج ٢، ص ٨٤٣. مسلم، في صحيحه، كتاب الوصية، باب الوصية بالثلث، ج ٣، ص ١٢٥٠.

(٦) ابن قدامة، المغني، ج ٤، ص ٧٨. التنوخي، المتع في شرح المقنع، ج ٣، ص ١٧٤. ابن مفلح، المبدع شرح المقنع، ج ٤، ص ١٦٦.

(٧) ابن مهنا، الفواكه الدواني، ج ٢، ص ٢١٤. القرافي، الذخيرة، ج ٥، ص ٢١٥.

من غير تحديد. أما ما ورد من تحديد بالثلث في بعض المواضع؛ فليس فيها شيء من المعاوضات المالية القائمة على المبادلة.

أضف إلى ذلك، أنَّ الشيء القليل، قد يكون أغلى ثمناً من الكثير، لذا وجب اعتبار القليل والكثير على حدٍّ سواء، مما خرج عن العادة والمألوف. وقد اختلف القائلون بالثلث بالمراد بالثلث، هل ثلث مكيلتها، أم قيمتها، وتحرير ذلك على النحو التالي:

إذا كان الثمر نوعاً واحداً، ومما يبيس ويحبس أوله على آخره، كالتمر والعنب؛ فهذا لا خلاف في أن الاعتبار في جائحته ثلث الثمرة، أي: مكيلتها^(١).

أما إذا كان نوعاً واحداً، مما لا يبيس ولا يحبس أوله على آخره، كالبطيخ والتفاح، ونحوه، أو أنواعاً مختلفة؛ فقد اختلف فيه على قولين:

القول الأول: أنَّ المراد ثلث مكيلة الثمر المجاح، وهو مذهب ابن القاسم من المالكية، وهو القول المعتمد في المذهب^(٢)، والحنابلة في الرواية الصحيحة^(٣).

ووجه هذا القول: أنَّ الثلث إنما اعتبر، ليميز به النقص الذي يكون جائحة من النقص المعتاد الذي لا يكون جائحة، وذلك لا يكون إلا باعتبار ثلث الثمرة^(٤).

القول الثاني: أنَّ المراد ثلث قيمة الثمر المجاح، وهو مذهب أشهب^(٥).

(١) الباجي، المنتقى شرح موطأ مالك، ج ٦، ص ١٧٩. ابن عرفة، حاشية الدسوقي، ج ٣، ص ١٨٣.

(٢) ابن عرفة، حاشية الدسوقي، ج ٣، ص ١٨٣. ابن مهنا، الفواكه الدواني، ج ٢، ص ٢١٣. ابن جزى، القوانين الفقهية، ص ١٧٣. ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج ٥، ص ٥٧.

(٣) المرداوي، الإنصاف، ج ٥، ص ٦٣. ابن قدامة، المغني، ج ٤، ص ٧٩. ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ج ٣٠، ص ٣٧٩. ابن مفلح، الفروع، ج ٤، ص ٧٨.

(٤) الباجي، المنتقى شرح موطأ مالك، ج ٦، ص ١٧٩.

(٥) أشهب هو: أشهب بن عبد العزيز بن داود القيسي العامري، أبو عمرو المصري، الثقة، الفقيه، الثبت، العالم الجامع بين الورع والصدق، من العاشرة، انتهت إليه رئاسة مصر بعد موت ابن =

وأصنع^(١) من المالكية^(٢)، والحنابلة في رواية^(٣).

ووجه هذا القول: أنَّ المقصود هو القيمة، وبسببها يزيد الثمن وينقص، وقد يكون اليسير من الثمر له معظم الثمن؛ فلو أصيب اليسير منها، ولم يؤخذ بعين الاعتبار، للحق المشتري بذلك الضرر، وكما أنه إذا أصيب الكثير منها، ولا قيمة له، لم يلحقه ضرر^(٤). هذا وجه.

ومن وجه آخر؛ فإن القيمة هي المالية التي تتعلق بها الأغراض؛ فوجب اعتبارها^(٥).

وأثر هذا الخلاف ذكره الباجي؛ فقال: «فإذا قلنا بقول ابن القاسم، نظرت إلى ثلث الثمرة، فإن بلغت الجائحة وضعت عن المشتري، وإن لم تبلغ إلا عشر القيمة، وإن قصرت عن ثلث الثمرة، لم يوضع عنه شيء، وإن بلغت تسعة أعشار القيمة، وإن قلنا بقول أشهب نظر إلى ثلث القيمة؛ فإن بلغت الجائحة وضعت عن المبتاع، وإن كانت لم تبلغ إلا عشر الثمرة، وإن لم تبلغ ثلث القيمة، لم توضع، وإن بلغت تسعة أعشار الثمرة»^(٦).

= القاسم. ولد سنة خمسين ومائة، ومات سنة أربع ومائتين بمصر، وهو ابن أربع وستين. انظر: ابن حجر، تقريب التهذيب، ج ١، ص ٨٠. الشيرازي، طبقات الفقهاء، ص ١٥٥. مخلوف، شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، ص ٥٩.

(١) أصنع هو: أصبغ بن الفرج بن سعيد بن نافع القرشي الأموي، أبو عبد الله المصري، الثقة، الفقيه، المحدث، من العاشرة، ولد سنة خمسين ومائة، ومات سنة خمس وعشرين ومائتين، بمصر. انظر: ابن حجر، تقريب التهذيب، ج ١، ص ٨١. السيوطي، طبقات الفقهاء، ص ٢٠٠. مخلوف، شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، ص ٦٦.

(٢) الباجي، المنتقى، ج ٦، ص ١٧٩. القرافي، الذخيرة، ج ٥، ص ٢١٧. ابن جزي، القوانين الفقهية، ص ١٧٣. ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج ٥، ص ٥٧.

(٣) المرادوي، الإنصاف، ج ٥، ص ٦٣. ابن قدامة، المغني، ج ٤، ص ٧٩. ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ج ٣٠، ص ٢٧٩.

(٤) الباجي، المنتقى شرح موطأ مالك، ج ٦، ص ١٧٦.

(٥) القرافي، الذخيرة، ج ٥، ص ٢١٧.

(٦) الباجي، المنتقى شرح موطأ مالك، ج ٦، ص ١٧٩.

هذا، ويلاحظ أنَّ الجزاء في مبدأ الجائحة يستوجب أنَّ تكون الجائحة مؤثرة، وغير معتادة، مما ينتج عنها ضرر يَبين في العادة، وهذا يؤكد معقولة الجزاء من حيث إنه لم يلزم المتعاقد بالضرر الخارج عن إرادته، وغير مستحق في أصل تعاقدته.

أما الأثر الجزائي في مبدأ العذر الطارئ؛ فيأخذ شكلين، الفسخ والانفساخ، وذلك حسب طبيعة الأعدار الطارئة الموجبة لكلٍّ منهما، امتناعاً عن التزام الضرر عند تحقق العذر بالفسخ أو الانفساخ^(١).

ثالثاً: من حيث إمكانية توقع ودفع كلٍّ منهما:

الجائحة أمرٌ طارئٌ منفك عن محل التزام كلٍّ من المتعاقدين، وغير متوقع من قبلهم، لأن من شأنه أن يكون غير معتاد، وغير المعتاد من البرد، والمطر الغالب، والعفن، والدود، ونحوها، ما هي إلا آفات تحدث فجأة، مما يصعب تصورها، وتصور حجم ما تحدثه من تلف، وذلك من الصعوبة بمكان أن يتصور في الآفة السماوية. بل ولا يمكن توقعها من قبل الآفة التي يحدثها الآدمي، من جيش، أو لص.

لذا أخرج الفقهاء الجائحة المعتادة، من ضمان البائع، وأوجبوها على المشتري، لأنها متوقعة، وفي حكم الوجود الذي لا يتفك عنها^(٢).

ويستتبع عدم التوقع، عدم القدرة على دفعها؛ فالجائحة في الأغلب الأعم - على ما ذكر - تكون آفة سماوية، من برد، وجليد، وحر، وشتى أنواع النوازل السماوية المؤدية إلى التلف والهلاك، موجبة لعجز الإنسان عن دفعها،

(١) الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٤، ص ٥٣. الطوري، تكملة البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج ٨، ص ٦٦. الزيلعي، تبين الحقائق، ج ٦، ص ١٦١.

(٢) الباجي، المنتقى شرح موطأ مالك، ج ٦، ص ١٨٠. ابن قدامة، المغني، ج ٤، ص ٧٨ - ٧٩.

وحتى ما كان من الآدمي؛ فالجيش واللص لا قدرة للآدمي على دفعهم، مما يعني أن عدم القدرة على دفع الجائحة من أهم الأسباب الموجبة لوضعها.

وهذا الأمر يبدو جلياً من أقوال الفقهاء في حدّ الجائحة، نذكر منها:

قال الدردير في الجائحة: «ما لا يستطيع دفعه من سماوي أو جيش»^(١).

وقال التسولي: «وكل شيء لا يستطيع الدفع له، والاحتراز منه إذا أصاب الثمر؛ فأثلف ثلثها فأكثر؛ فهو جائحة لها، وذلك مثل الرياح المرسلة تسقط الثمرة بها، والثلج، والبرد، والمطر الغالب، والعفن، والجراد، والدود، والطير، والفأر، والنار وغاصب وسارق»^(٢).

فهذه النصوص، وغيرها، تثبت أن وضع الجائحة عن المشتري، يستلزم عدم قدرته على دفعها، والثابت بدلالة القيود التي أضافوها إلى تعريف الجائحة^(٣).

أما العذر الطارئ، فالذي يظهر من بعض تطبيقاته في الفقه الإسلامي أنّ الطارئ يمكن التوقع، والاحتراز منه، فضلاً عن القدرة على دفعه^(٤).

ومن هذه التطبيقات، الانتقال من حرفة إلى أخرى، وإرادة السفر، وترك البناء، أو الخياطة، أو القسارة، ونحوها، إذا بدا لصاحبها أن لا يفعل؛ فهذه، وما شابهها من صور العذر الطارئ^(٥)، ممكنة التوقع، فضلاً عن القدرة على دفعها.

(١) الكشناوي، أسهل المدارك شرح إرشاد السالك، ج ٢، ص ٣٠٩.

(٢) التسولي، البهجة في شرح التحفة، ج ٢، ص ٤٦.

(٣) ثبت ذلك في تعريف الجائحة اصطلاحاً، يرجع إليه.

(٤) الدريني، النظريات الفقهية، ص ١٧٩. هامش رقم (٢).

(٥) الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٤، ص ٥٥. ابن عابدين، ردّ المحتار على الدرّ المختار، ج ٩،

ص ٩٦. الزيلعي، تبين الحقائق، ج ٦، ص ١٦٠.

هذا، ومدلول ذلك، أنَّ هذه الأعذار الطارئة غير خارجة عن حدود المألوف، لإمكان تصور وقوعها، وإمكانية دفعها. وليس الأمر كذلك في الجائحة، على ما ذكر.

هذا وتبرز وجوه الاتفاق والاختلاف بينهما، أنَّ مبدأ العذر الطارئ أعم من مبدأ الجائحة، محلاً، وأثراً، ومدلولاً، وتطبيقاً.

هذا، واعتبر فقهاء المالكية والحنابلة بعض حالات العذر الطارئة على العقد، والمؤثرة على استيفاء المنفعة المستحقة بالعقد، من قبيل الجائحة المؤدية إلى فسخ العقد، ومن هذه الحالات:

- ١- إذا وقع أمر غالب يحجر المستأجر عن منفعة ما وقع عليه العقد، وذلك أن يحدث خوف عام يمنع من سكنى ذلك المكان الذي فيه العين المستأجرة، بحيث يمنع المستأجر من استيفاء المنفعة. ومثله لو استأجر دابة ليركبها، أو يحمل عليها إلى مكان معين؛ فانقطعت الطريق إليه لخوف حادث^(١).
- ٢- إذا اكترى شخص أرضاً لزراعتها؛ فتوالى عليها القحط، أو المطر الذي لا يقدر المكتري معه على الازدراع فيها، ومثله إذا منعه من الازدراع فتنة؛ فيعتبر ذلك جائحة^(٢).
- ٣- إذا استأجر شخص طاحونة، أو حماماً، أو بستاناً له ماء معلوم؛ فنقص ذلك الماء نقصاً فاحشاً عما جرت به العادة. كان له الفسخ^(٣).
- ٤- إذا اشترى شخص ثمار بلدة، وجلى أهلها عنها، أو قل واردها، لفتنة، أو لأجل حرب، فلا يجد مشتري الثمرة من يبيعها له، كان ذلك جائحة^(٤).

(١) ميارة، محمد بن أحمد، شرح ميارة الفاسي، ج ٢، ص ١٦٧. ابن قدامة، المغني، ج ٥، ص ٢٧٥.

ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ج ٣٠، ص ٢٩٠.

(٢) مياره، شرح ميارة الفاسي، ج ٢، ص ١٤٨ - ١٤٩.

(٣) ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ج ٣٠، ص ٢٥٨.

(٤) الخطاب، مواهب الجليل، ج ٦، ص ٤٦٥. التسولي، البهجة في شرح التحفة، ج ٢، ص ٤٦.

- ٥ - إذا اكترى حماماً أو فندقاً؛ وجلى أهل البلدة عنه، أو قل وارده، ولم يجد من يسكنه، لفته نزلت، أو غيرها، كانت جائحة^(١).
- ٦ - إذا اشترى شخص علفاً لقافلة تأتیه؛ فعدلت عن محله، كانت جائحة^(٢).
- ٧ - وكذلك من اكترى رحي سنة؛ فأصاب أهل ذلك المكان فتنة جلوا بها من منازلهم، وجلا معهم المكثري، أو أقام آمناً، إلا أنه لا يأتیه طعام لجلاء الناس؛ فهو كبطلان الرحي من نقصان الماء، أو كثرته؛ فوضع عنه قدر المدة التي جلوا فيها^(٣).
- ٨ - وكذلك إذا حوصرت البلد؛ فامتنع المستأجر من الخروج إلى الأرض المستأجرة للزرع، ثبت للمستأجر خيار الفسخ^(٤).
- ٩ - وكذلك إذا تعذر على المستأجر الانتفاع من العين المستأجرة، بأمر لا يستطيع دفعه، أو لمنع السلطان الناس من سفر مثلاً؛ فإن الكراء لا يلزم، ويسقط عن المكثري^(٥).
- ١٠ - وكذلك رجل اكترى موضعاً لغسل الغزل بكراء غال، ثم أحدث رجل بقربه موضعاً آخر؛ فنقص من كراء الأول كثيراً؛ فقليل: إذا عقد على أنه لا يمكن إحداثه؛ فجاء من ذلك ما لم يظن فله مقال. كما يكون له إذا خلا البلد، أو غيره، أما إذا كان من الممكن الإحداث؛ فلا مقال له، إذ نقصان الغلة ليس بعيب، كما إذا نقصت الغلة لإحداث فرن على فرن^(٦).

(١) الخطاب، مواهب الجليل، ج٦، ص٤٦٥. التسولي، البهجة في شرح التحفة، ج٢، ص٤٦.
الزرقاني، شرح الزرقاني على مختصر سيدي خليل، ج٥، ص١٩٦.

(٢) الزرقاني، شرح الزرقاني على مختصر سيدي خليل، ج٥، ص١٩٦.

(٣) الخطاب، مواهب الجليل، ج٦، ص٤٦٥.

(٤) ابن قدامة، المغني، ج٥، ص٢٧٥. الزركشي، شرح الزركشي، ج٤، ص٢٣٧.

(٥) ميارة، شرح ميارة الفاسي، ج٢، ص١٦٧.

(٦) الخطاب، مواهب الجليل، ج٦، ص٤٦٥.

فقه المسألة في هذه الحالات يقوم على اعتبار أن الكراء يلزم بالتمكين من الانتفاع؛ فإذا حدث ما يمنع استيفاء المنفعة المقصودة بالعقد، كان ذلك بمنزلة ما لو منعه أمر من الله سبحانه وتعالى، كامتناع ماء السماء^(١)، وهذا يُنبئ عن وحدة الحال بينهما، في فقههم للمسألة، لذا خرجوا حكم هذه الحالات على حكم الجائحة.

والتحقيق في ذلك، أنَّ هذه الحالات نماذج من تطبيقات مبدأ العذر الطارئ على عقود المعاوضات المالية، وليست تطبيقاً لمبدأ الجائحة، لأنه ثمة فروقاً بينهما، لا يمكن إغفالها، ويظهر ذلك من خلال المدلول، والحل، والأثر.

أما من حيث المدلول؛ فالجائحة قائمة في حدّها على الاستئصال، والهلاك، ومقتضى ذلك حدوث تلف كليٍّ أو جزئيٍّ، بأفة لا يمكن دفعها، ولا توقعها، لحل الالتزام مورد العقد. أما العذر الطارئ؛ فقائم في حدّه على التعذر، وصعوبة الاستمرار على موجب العقد، إلا بتحمل ضرر زائد، وهذا ما هو منطبق على الحالات السابقة.

لذا، وجب التفريق بين حالة التلف الحادثة بالآفة، سواء أكانت من أمر سماويٍّ، أم من آدميٍّ، وبين حالة التعذر والصعوبة الحادثة من العذر الطارئ. فمثلاً إذا حدث زلزال، أو بركان، فأدى إلى تلف المنتج الزراعي؛ فهذا جائحة. أما إذا أدى إلى تعذر أو صعوبة توصيل المنتج، أو الوصول إليه؛ فهذا عذر طارئ.

أما من حيث الحل؛ فالجائحة تختص في أحكامها، بالمنتج الزراعي، على ما مرّ ذكره في أوجه المقارنة، أما في هذه الحالات بقي المنتج الزراعي، أو العين المستأجرة سليماً، أي لم يعطل المنفعة المقصودة نفسها. إنما منع المستأجر من استيفائها، ومأتى

(١) ميارة، شرح ميارة الفاسي، ج ٢، ص ١٦٧.

التعذر من استيفائها، أمر خارج عن محل الالتزام، أدى إلى إعاقته من تحقيق مقصده، وهذا أقرب إلى أحكام مبدأ العذر الطارئ، منه إلى الجائحة.

أما من حيث الأثر، فالأثر الجزائي الذي رتبته الفقهاء على هذه الحالات هو الفسخ، وهذا هو حكم مبدأ العذر الطارئ، أما الأثر الجزائي الذي رتبته الفقهاء على الجائحة هو تحميل تبعة التلف، وهذا ما خلت منه الحالات السابقة.

هذا؛ وقد خرج فقهاء المالكية والحنابلة بسبب هذا التوسع عن مفهوم الجائحة، وأحكامها، وذلك بإخضاع بعض صور العذر الطارئ لها، الأمر الذي ثبت عند التطبيق.

وبسبب هذا، وقع صاحب كتاب «الجوائح وأحكامها» في اللبس، حين أخضع صور مبدأ العذر الطارئ، لأحكام مبدأ الجائحة، وذلك تحت عنوان: «وضع الجوائح في عقود المؤجرات»^(١)، وبرر ذلك بقوله: «وإن عبروا عن ذلك^(٢) بفسخ العقد بدلاً من وضع الجائحة؛ فالمعنى واحد»^(٣).

والصحيح، أن ثمة فروقاً جوهرية بينهما، لا يمكن تناسيها، لمجرد إخضاعها لمعنى واحد، ليتسق موضوع الدراسة في نظر الباحث. وهذه الفروق قد مرَّ بيانها في أوجه الاختلاف بينهما، قبلاً.

(١) الشنيان، سليمان بن إبراهيم، الجوائح وأحكامها، ص ٢٣١.

(٢) أي حالات العذر الطارئ.

(٣) الشنيان، الجوائح وأحكامها، ص ٢٣١.

المبحث الثالث أنواع العذر الطارئ

يمكن تقسيم العذر الطارئ إلى قسمين:

الأول: العذر العام^(١) :

صورته: أن يحدث أمرٌ عام يمنع من استيفاء المنفعة المبتغاة من العقد، وذلك بأن يحدث خوف عام، من حرب، أو فتنة، ونحو ذلك، مما يمتنع معه من سكنى العين المستأجرة، أو تحاصر البلدة؛ فامتنع المستأجر من الخروج إلى الأرض المستأجرة للزرع، ونحوها، أو انقطاع الطريق بسبب خوف حادث. وما شابه ذلك^(٢).

(١) ينتظم هذا النوع تحت العذر الطارئ بالمعنى الخاص؛ فقد ورد العذر الطارئ في التعريف الاصطلاحي على معنيين، المعنى الخاص، والمعنى العام. وورد بيان المعنى العام من حيث المدلول، والنطاق؛ فأتضح في موضعه أنه عذر طارئ يمنع المكلف من المضي على موجب التكليف إلا بضرر زائد، يلحق الضرورات الخمس؛ فشرع من الأحكام ما يناسب دفعه، حفاظاً لها. وذلك تحت مسمى ما يعرف بـ «تخفيفات الشرع»، وفصل الفقهاء ذلك في بابه. ويشمل بمعناه جميع التكاليف الواردة على المكلفين، من العبادات والمعاملات، والمناكحات، ونحوها. وعرض الفقهاء أثناء بيان أحكامه، الأسباب الموجبة لإعمال مبدأ الرخصة لدفع ما طرأ منها على المكلفين؛ فذكروا المرض، والسفر، والإكراه، والاضطرار، والجهل والنسيان، والجنون والإغماء والنوم، والإعسار، ونحو ذلك. وبهذا التوضيح يتبين المقصود من العذر العام في هذا الموضع. انظر من هذا البحث، ص (٥٢-٥٥).

(٢) ميارة، شرح ميارة الفاسي، ج ٢، ص ١٦٧. الخطاب، مواهب الجليل، ج ٦، ص ٤٦٥. التسولي، البهجة في شرح التحفة، ج ٢، ص ٤٦. ابن قدامة، المغني، ج ٥، ص ٢٧٥. الزركشي، شرح الزركشي، ج ٤، ص ٢٣٢. ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ج ٣٠، ص ٢٩٠.

أثره: إذا وقع الأمر الغالب؛ فإنه يمنع من استيفاء المنفعة من قبل من وقع في جانبه، ويفوت عليه مقصوده، ويترتب على الاستمرار في موجه ضرر زائد، لم يكن لولا حدوثه.

حكمه: اختلف الفقهاء في حكمه على قولين:

القول الأول: ذهب الحنفية^(١) والمالكية^(٢) والحنابلة^(٣) والظاهرية^(٤)، والماوردي، والرويانى من فقهاء الشافعية^(٥) إلى أن الأمر الغالب، من خوف، أو فتنة، ونحوها إذا حجز المستأجر عن منفعة ما وقع عليه العقد، لزم الفسخ.

(١) السرخسي، المبسوط، ج ١٦، ص ٥. الزيلعي، تبين الحقائق، ج ٦، ص ١٦٢. التهانوي، إعلاء السنن، ج ١٦، ص ٢٢٥.

(٢) الخطاب، مواهب الجليل، ج ٦، ص ٤٦٥. الزرقاني، شرح الزرقاني على مختصر خليل، ج ٥، ص ١٩٦. ميارة، شرح ميارة الفاسي، ج ٢، ص ١٦٧.

(٣) ابن النجار، منتهى الإرادات، ج ٣، ص ١١١. البهوتي، دقايق أولي النهى لشرح المنتهى، ج ٢، ص ٢٦٧. الزركشي، شرح الزركشي، ج ٤، ص ٢٣٢. ابن قدامة، المغني، ج ٥، ص ٢٧٥.

(٤) ابن حزم، المحلى، ج ٨، ص ١٨٧.

(٥) الماوردي، الحاوي الكبير، ج ٧، ص ٤٤٠. الشربيني، مغني المحتاج، ج ٣، ص ٤٨٤.

* الماوردي هو: علي بن محمد بن حبيب الماوردي، صاحب الحاوي، والإقناع في الفقه، وأدب الدين والدنيا، والتفسير، ودلائل النبوة، والأحكام السلطانية، وغير ذلك، مات في يوم الثلاثاء في شهر ربيع الأول سنة خمسين وأربعمائة، وله ست وثمانون سنة. انظر: السبكي، طبقات الشافعية، ج ٥، ص ٢٦٧، ٢٦٨، ٢٦٩. ابن حجر، لسان الميزان، ج ٤، ص ٢٦٠.

الرويانى هو: عبد الواحد بن إسماعيل بن أحمد بن محمد الرويانى، أبو الحاسن، والرويانى نسبة إلى رويان، وهي مدينة بنواحي طبرستان، فقيه شافعي، كان يلقب بفخر الإسلام، ويعرف بصاحب البحر، ومن مصنفاته كتاب بحر المذهب، والكافي، وحلية المؤمن، وكانت ولادته في ذي الحجة سنة خمس عشرة وأربعمائة، وقتله الملاحدة بجامع أمل يوم الجمعة حادي عشر من محرم سنة اثنتين وخمسمائة. انظر: الشيرازي، طبقات الفقهاء، ص ١١٩، ٢٤٧. ابن خلكان، وفيات الأعيان، ج ٢، ص ٧٤، ٧٥. ج ٣، ص ٣٩٨، ٣٩٩. البغدادي، تاريخ بغداد، ج ٧، ص ٢٦٨، ٢٦٩، ٢٧٠.

ووجه هذا القول:

١- قالوا: لأنه أمر غالب يمنع المستأجر من استيفاء المنفعة. فثبت خيار الفسخ، كغصب العين^(١).

٢- قالوا: إنَّ المعقود عليه المنفعة؛ فإذا جاء أمر منع المستأجر من استيفاء المنفعة المعقود عليها، لا تلزم الأجرة لما يستقبل، لعدم حصول المعقود عليه، إذ حصولها إنما هو باستيفائها أولاً بأول، وقد تعذر ذلك^(٢).

٣- وقاس المالكية الأمر الغالب على الأمر السماوي، وذلك كامتناع ماء السماء ونحوه^(٣).

٤- واستدل ابن حزم لقوله هذا؛ بأن الأمر الغالب من باب الضرورة المبيحة لفسخ العقد^(٤)، استناداً إلى قوله تعالى: ﴿وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرَّرْتُمْ إِلَيْهِ﴾ [الأنعام: ١١٩] ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ [الحج: ٧٨].

القول الثاني: ذهب الشافعية^(٥) إلى أن الأمر الغالب ليس عذراً يثبت به حق الفسخ للمستأجر.

ووجه ذلك، ما يلي:

-
- (١) ابن قدامة، المغني، ج ٥، ص ٢٧٥.
(٢) الزركشي، شرح الزركشي، ج ٤، ص ٢٣٠.
(٣) ميارة، شرح ميارة الفاسي، ج ٢، ص ١٦٧. وقد ورد الرد على هذا الاستدلال، فيما سبق.
(٤) ابن حزم، المحلى، ج ٨، ص ١٨٧.
(٥) الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج ٥، ص ٣١٥، ٣١٦. الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج ٣، ص ٤٨٤. ابن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج بشرح المنهاج، ج ٢، ص ٤٦٤. البكري، حاشية إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين، ج ٣، ص ١٢٠.

تقوم أصول الفسخ بالعدر الطارئ في الفقه الشافعي على طروء خلل في المعقود عليه، يمنع استيفاء المنفعة المطلوبة بالعقد؛ فإذا طرأ خوف عام، أو فتنة، ونحوها؛ فلا يثبت الفسخ، إذ لا خلل في المعقود عليه، لأنه باق، وإنما تعذر الانتفاع لمعنى في غيره، وهذا لا يثبت الفسخ^(١).

والراجع في ذلك ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من الحنفية، والمالكية، والحنابلة، والظاهرية من أن الأمر الغالب، عذر طارئ، يوجب الفسخ في حالة تحققه، لأن المنفعة إذا كانت مطلوبة بالعقد؛ فالأمر الغالب يمنع من استيفائها، فإذا ألزم بدفع الأجرة كان إلزاماً بما لم يستوفِ مقابله شيئاً، مما يترتب عليه الإلزام بالضرر الزائد.

إذن، يثبت العذر العام، كعذر طارئ على عقود المعاوضات المالية، ويوجب فسخها في حالة تحققه، دفعاً للضرر المترتب على طروئه.

الثاني: العذر الخاص :

من الثابت أن العقد في أصل وضعه يترتب عليه ضرر، لأن ما من عمل يقوم به المرء إلا وبه كلفة، ومشقة، وإنما أجاز استثناء للمصلحة المترتبة عليه، فإذا انعدمت المصلحة صار العقد متمحضاً للضرر؛ فلا يشرع، ومن هنا كان العذر الخاص الذي يحل بالأفراد موجباً للضرر في حالة وقوعه، مما يعجز معه المتعاقد عن المضي على موجب العقد إلا بالضرر غير المستحق به، وهذا يؤثر على قدرة أداء الالتزامات الواجبة في العقد، الأمر الذي يظهر من خلال أمثلة العذر الخاص الآتية، مما يؤكد أساس فكرة العذر الطارئ في مذهب الحنفية.

(١) النووي، روضة الطالبين، ج٤، ص٣١٠. ابن الفراء، التهذيب، ج٤، ص٤٤٨. الماوردي، الحاوي الكبير، ج٧، ص٣٩٣.

هذا، ووقوعه يأتي متنوعاً بحسب الاعتبارات المختلفة، وفقاً لدلالة كل نوع على موضوعه، وإليك بيان ذلك.

تقسيم العذر الطارئ بحسب اعتباراته المختلفة:

يرد العذر الطارئ على أنواع مختلفة، وذلك بحسب الاعتبارات المختلفة على النحو الآتي:

الأول: تقسيم العذر الطارئ باعتبار محل تأثيره :

يأتي العذر الطارئ بحسب هذا الاعتبار على ثلاثة أنواع:

أ- المالي: وهو ما كان تأثير العذر الطارئ واقعاً على العقد مالياً، بحيث يترتب عليه نقصان أحد المتعاقدين مالياً^(١)، واختلال التوازن الاقتصادي في العقد المالي التبادلي بينهما. وذلك بأن يستأجر شخص رجلاً ليقصر له ثياباً، أو ليقطعها، أو يخيطنها، أو يهدم بيتاً له، أو يقطع شجراً له، أو يحدث في ملكه شيئاً من بناء، أو تجارة، أو حفر، ثم رأى أنه لا منفعة له من ذلك، ويتبين له الضرر في ذلك؛ فله أن يفسخ الإجارة، ولا يجبر على شيء من ذلك، لأنه لا يتمكن من الإيفاء بالعقد إلا بضرر يلحقه في ماله، من حيث إتلاف شيء من ماله؛ فتقصير الثوب، وقطعه، وخياطته، وهدم البيت، وقطع الشجر، وإحداث شيء في ملكه، هو نقصان عاجل في المال، وفيه ضرر عليه، وجواز الاستئجار للمنفعة لا للضرر^(٢).

(١) داماد أفندي، مجمع الأنهر، ج٣، ٥٥٧. الدريني، النظريات الفقهية، ص ١٥٠. الثلب، يوسف، الظروف الطارئة وأثرها على الالتزام العقدي في الفقه الإسلامي، ص ١٦١، بحث منشور في مجلة كلية الدعوة الإسلامية، العدد الثامن، تصدر عن كلية الدعوة الإسلامية.

(٢) السرخسي، المبسوط، ج١٦، ص ٣. الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٤، ص ٥٤. ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج ٩، ص ٩٦. الطوري، تكملة البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج ٨، ص ٦٦.

وكذلك لو استأجر طباحاً ليعده له وليمة عرس؛ فاختلعت المرأة، أو ماتت المرأة؛ فليس للأجير أن يلزمه اتخاذ الوليمة، وتنفسخ الإجارة، لأن العقد إن بقي تضرر المستأجر بإتلاف ماله في غير الوليمة، وجواز الاستئجار للمنفعة لا للضرر^(١).

كما لو استأجر موظف بيتاً ثم نُقل من دائرته، ومكان وظيفته إلى منطقة أخرى، فليس للمؤجر أن يلزمه بالأجرة، والاستمرار على موجب العقد، إذ الالتزام بالعقد في هذه الحالة يوجب دفع الأجرة من غير استيفاء للمنفعة من المعقود عليه، وهذا ضرر زائد.

وكما لو استأجر رجل فندقاً، أو صالة لإقامة حفل زفاف فيه، ثم ماتت العروس، فليس للمؤجر أن يلزمه بالأجرة، للتعليل السابق.

ويظهر من هذا، أنَّ للعدر الطارئ أثراً في أساس عقد الإجارة، وهو التوازن المالي بين المتعاقدين؛ فقد أظهرت الأمثلة السابقة أنَّ استمرار المستأجر على موجب عقد الإجارة، مع فوات المبتغى منه، يضرب به ضرراً مادياً؛ فظهر أنَّ أساس الضرر هنا، هو مالي، لذا وضع فقهاء الحنفية هذا النوع موضع الاعتبار في أحكام العذر الطارئ.

ب- البدني: وهو ما كان تأثيره واقعاً على البدن، بحيث يترتب عليه نقصان أحد المتعاقدين بدنأً^(٢)، إذ أجبر على تنفيذ موجبات العقد.

والتأثير على البدن يأتي على شكلين:

(١) العيني، البناية شرح الهداية، ج ١٠، ص ٣٤٨. السرخسي، المبسوط، ج ١٦، ص ٤. داماد أفندي، مجمع الأنهر، ج ٣، ص ٥٥٦.

(٢) داماد أفندي، مجمع الأنهر، ج ٣، ص ٥٥٧.

الأول: أن يفوت جزء من بدن المتعاقد، وذلك كما لو استأجر طبيباً لاستئصال عضو من بدنه، كإصبع، أو عين أو ضرس، أو يد متأكلة. أو استأجر غرفة عمليات في مستشفى لإجراء عملية جراحية لعضو من أعضائه، كالكبد، أو القلب؛ فبرأ العضو من ذلك؛ فإن العقد إن بقي لزم إزالة عضو صحيح، وهو غير مستحق بالعقد، وبذلك يتضرر المستأجر بإتلاف شيء من بدنه غير مجبر على إزالته، فثبت الفسخ لمكان الضرر^(١).

الثاني: أن يؤدي إلى حقوق ضرر ببدن المتعاقد، وذلك بزيادة مرضه، أو تأخير الشفاء. ويتصور ذلك في حالة إجبار الأجير، وهو ممن يعمل بنفسه، على القيام بأداء العمل المستأجر من أجله، في حالة مرضه^(٢).

ويتبين من هذا، أن المضي على موجب العقد يلحق بأحد المتعاقدين ضرراً بدنياً، غير مستحق به؛ فظهر أن أساس الضرر في هذا النوع، هو بدني.

ج- النفسي: وهو ما كان تأثيره واقعاً على النفس، بحيث يلحق الضرر أحد المتعاقدين معنوياً، لما ينشأ بسببه من التعيب، والتعير به.

وهذا مما لا شك فيه، أنه مؤثر، من حيث إنه يمس الاعتبار الإنساني، والإخلال بكرامة النفس، وسلامتها^(٣).

ويتصور ذلك في حالة ما إذا أجر شخص نفسه في عمل، أو صناعة، وكان ذلك العمل ليس من عمله، وصنعه، بل اضطر إليه، وذلك مما يعاب به. كان له

(١) السرخسي، المبسوط، ج ١٦، ص ٣. الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٤، ص ٥٤. العيني، البناية شرح الهداية، ج ١٠، ص ٣٤٨. داماد أفندي، مجمع الأنهر، ج ٣، ص ٥٥٦.

(٢) السرخسي، المبسوط، ج ١٦، ص ٧.

(٣) الدريني، النظريات الفقهية، ص ١٥٠. الثلب، الظروف الطارئة وأثرها على الالتزام العقدي في الفقه الإسلامي، ص ١٦١.

أن يفسخ. وكذلك في حالة ما إذا أجرت امرأة نفسها ظئراً، وهي ممن تعاب بذلك؛ فلاهلها الفسخ، لأنهم يعيرون بذلك^(١).

وكذلك في حالة الإبقاء على إجارة النفس بالنسبة للصبي الذي أجره أبوه، أو وصيه، بعد بلوغه في المدة؛ ففي إبقاء العقد بعد البلوغ ضرر به؛ فيعجز عن المضى في موجب العقد إلا بضرر لم يلتزمه، لأن إجارة النفس في وضعها إضرار، وإنما يملكها الولي، أو الوصي من حيث هي تأديب، وقد انقطعت ولاية التأديب بالبلوغ^(٢).

هذا ومدلول ما سبق من أمثلة يشير إلى أن تأثيره أمر اعتباري، من التعيب، والتعير لمن يقوم بأدائه، وهو أمر يمس كرامة النفس، ويعرضها للذل، والإمتهان؛ فثبت أن الضرر في هذه الحالات ضرر معنوي.

الثاني: تقسيم العذر الطارئ باعتبار مصدره:

يأتي العذر الطارئ بحسب هذا الاعتبار على ثلاثة أنواع:

أ- السماوي: وهو الطارئ الذي ليس للإنسان فيه مدخل، وإنما هو أمر نزل من السماء، من غير اختياره، وإرادته^(٣)، وهو على نوعين:

الأول: طارئ حسي، وهو ذلك الحادث الذي يمنع من استيفاء المنفعة حساً، كالفيضان، والزلازل، والبركان، ونحو ذلك مما يحول دون إمكان الوصول إلى العقار المؤجر مثلاً^(٤).

(١) الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٤، ص ٥٥، ٥٦. الطوري، تكملة البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج ٨، ص ٦٥، ٦٦. الاستئجار من أجل الإرضاع أخذ يتلاشى، بل لم يعد له وجود في الأغلب الأعم لوجود البديل من الحليب الاصطناعي، وأغذية الأطفال الخاصة.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٤، ص ٥٧.

(٣) الجرجاني، التعريفات، ص ٢٠٥. الجمعة، معجم المصطلحات الاقتصادية والإسلامية، ص ٩٢.

(٤) الدريني، النظريات الفقهية، ص ١٤٨.

الثاني: طارئ معنوي، وهو ذلك الحادث الذي يمنع من استيفاء المنفعة معنوياً، كالمرض، والحيض، والنفاس، وغير ذلك مما يحول دون الاستمرار بأداء الالتزامات الواردة في العقد؛ فمرض الأجير الذي يعمل بنفسه، يمنعه من أداء عمله، وكذلك عارض الطمث بالنسبة للمرأة المستأجرة لتنظيف المسجد، يمنعها من ذلك^(١).

فكلاهما أمر طارئ على الأجير، لا إرادة له في حدوثه، وإنما نزل به من السماء ما منعه من القيام بتنفيذ موجبات العقد.

ب- المكتسب: وهو ما كان للإنسان فيه مدخل، وذلك بمباشرة أسبابه، كالإفلاس، والدين الفادح، والسفر، ونحو ذلك^(٢).
ومن صورته، ما يلي:

١- إفلاس مستأجر دكان ليتجر فيه، وإفلاس خياط يشتري الثياب، ويخيطها لبيعها، مثلاً، فقاما من السوق بسبب الإفلاس^(٣).

٢- لحوق دين فادح بالمؤجر، ولا يجد قضاءه إلا من ثمن المستأجر، من عقار، ونحوه^(٤)، ويمكن تصور ذلك في المؤسسات الحديثة، من الشركات، والمصانع، والمحلات التجارية، وغيرها؛ فإن إفلاس هذه المؤسسات، أو لحوق الدين الفادح بها، يعتد به على اعتبار أنها أشخاص اعتبارية.

(١) السرخسي، المبسوط، ج ١٦، ص ٧. الهروي، فتح باب العناية، ج ٢، ص ٥٥٥. الدريني، النظريات الفقهية، ص ١٤٨.

(٢) الجرجاني، التعريفات، ص ٢٠٥. الجمعة معجم المصطلحات الاقتصادية والإسلامية، ص ٩٢.

(٣) السرخسي، المبسوط، ج ١٦، ص ٤. الهروي، فتح باب العناية، ج ٢، ص ٤٤٣. السمرقندي، نصر بن محمد، خزانة الفقه وعيون المسائل، ج ١، ص ٣١٢.

(٤) الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٤، ص ٥٥. الهروي، فتح باب العناية، ج ٢، ص ٤٤٣.

٣- إرادة المستأجر السفر، أو النقلة من البلد ^(١).

وهذه الطوارئ وإن وقعت بمباشرة أسبابها إلا أنها تأتي على صورتين:

الأولى: ما وقع بسبب إرادي دفع المستأجر إلى القيام به، كإرادة السفر، أو النقلة من البلد.

الثاني: ما وقع بسبب غير إرادي، قد يكون ناشئاً عن جهله بما أراد أن يعمل به، كالإفلاس، والقيام من السوق، أو ناشئاً عن عدم الحيلة والحذر. وكلاهما يُشكل طارئاً مكتسباً ناشئاً عما صدر عن الإنسان من أسباب أدت إلى ذلك.

الثالث: تقسيم العذر الطارئ باعتبار طبيعته:

يأتي العذر الطارئ بحسب هذا الاعتبار على ثلاثة أنواع:

أ- الموضوعي: وهو ما كان تأثيره واقعاً على العقد اقتصادياً بحيث يؤدي إلى فوات المنفعة العقود عليها؛ فيترتب عليه ضرر مادي يخل بالالتزامات الناشئة عن العقد ^(٢).

ويستند النظر في هذا النوع إلى الجانب المادي الذي يقتصر على اقتصاديات العقد، التي تمس محل العقد، من خلال نقصان أحد المتعاقدين مالياً، الأمر الذي يظهر من إجازة الفسخ في حالة عقد البناء، أو القسارة، أو الخياطة، أو الحفر، أو الوليمة، ونحوها، إذا تبين لصاحبه الضرر في ذلك؛ فالإيفاء بالعقد في ظل ذلك، هو إتلاف لماله، من غير نفع يعود عليه من ذلك؛ فظهر أن النقصان

(١) السرخسي، المبسوط، ج ١٦، ص ٤. ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج ٩، ص ٩٧.

(٢) الدريني، النظريات الفقهية، ص ١٥٠. الثلب، الظروف الطارئة وأثرها على الالتزام العقدي في الفقه الإسلامي، ص ١٦١.

الحاصل في ذلك وقع على المال، وذلك في إحداث شيء في ملكه، يلحق الضرر به^(١).

ب- الشخصي: وهو ما كان تأثيره واقعاً على أشخاص العقد مادياً وبدنياً ومعنوياً، مما يعجز معه الدائن، أو المدين من الاستمرار في حالة طروئه من الوفاء بالعقد، لما يترتب على طروئه من آثار ضارة بهم^(٢). ومما يتصور في جانب الدائن، الدين الفادح، أما في جانب المدين، فالإفلاس، والسفر، أو النقلة من البلد. وغيرها^(٣).

هذا، ويقتصر النظر في هذا النوع على الظرف الشخصي الذي يمس أشخاص العقد، دون النظر إلى اقتصاديات العقد، لما يترتب عليه من ضرر، لا يقل جسامته عنه.

ج- الشرعي: وهو ما منع الشارع نفسه من تنفيذ العقد لطوء ما يمنع من استيفاء المنفعة شرعاً؛ فالعذر الطارئ حثّم عجز العاقد عن المضي في موجب العقد شرعاً^(٤).

ويتصور ذلك فيمن استأجر رجلاً لقلع سنه للوجع؛ فسكن الوجع، أو يده بسبب الأكلة، فبرأت، انفسخ العقد؛ فلا يصح قلع سن صحيح، أو قطع يد

(١) ابن عابدين، ردّ المختار على الدرّ المختار، ج ٩، ص ٩٦. الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٤، ص ٥٤. الطوري، تكملة البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج ٨، ص ٦٦.

(٢) الدريني، النظريات الفقهية، ص ١٤٧.

(٣) السرخسي، المبسوط، ج ١٦، ص ٤. ابن عابدين، ردّ المختار على الدرّ المختار، ج ٩، ص ٩٧. الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٤، ص ٥٤، ٥٥. السمرقندي، خزانة الفقه وعيون المسائل، ج ١، ص ٣١٢.

(٤) الدريني، النظريات الفقهية، ص ١٠٥، ١٥١. الثلب، الظروف الطارئة وأثرها على الالتزام العقدي في الفقه الإسلامي، ص ١٦٢.

صحيحة، لأنه إتلاف جزء من الآدمي محرم في الأصل، وإنما أبيح إذا صار بقاؤه ضاراً، وذلك مفوض إلى كل إنسان في نفسه إذا كان أهلاً لذلك، وصاحب الضرر، أو اليد، أعلم بمضرته، ونفعه، وقدر ألمه^(١).

قال التنوخي: «إما كونها تنفسخ بانقلاع الضرر، أو برئه الذي اكرى لقلعه؛ فلتعذر استيفاء المعقود عليه. أما تعذره بالانقلاع؛ فأمر محسّن. وأما تعذره بالبرء؛ فأمر شرعي، لأنه لا يجوز قلع الضرر إلا لعارض الألم؛ فإذا زال العارض تعذر قلعه شرعاً»^(٢).

ويتصور كذلك في استئجار المرأة للقيام على خدمة المسجد، من تنظيف، وكنس، ونحوه، مدة؛ فحاضت، انفسخ العقد^(٣).

فالمانع فيما سبق، مانع شرعي، منع من استيفاء المنفعة، لأن الفوات الشرعي في اعتباره، كالفوات الحسي^(٤)؛ فحرم المضي على موجب العقد في حال حدوث أسبابه، وتوافرها.

الرابع: تقسيم العذر الطارئ باعتبار توقعه وعدمه:

يأتي العذر الطارئ بحسب هذا الاعتبار على نوعين:

(١) السرخسي، المبسوط، ج ١٦، ص ٣. العيني، البناية في شرح الهداية، ج ١٠، ص ٣٤٨. القرافي، الذخيرة، ج ٥، ص ٥٤١. الخرشي، حاشية الخرشي، ج ٧، ص ٢٧٠. البغوي، التهذيب في فقه الإمام الشافعي، ج ٤، ص ٤٤٨. الرافعي، العزيز شرح الوجيز، ج ٦، ص ١٧٧. ابن النجار، منتهى الإرادات، ج ٣، ص ١٠٦. الرحيباني، مطالب أولي النهى، ج ٣، ص ٦٣٥.

(٢) التنوخي، المتع في شرح المقنع، ج ٣، ص ٤٧٣.

(٣) النووي، روضة الطالبين، ج ٤، ص ٢٦٠. البغوي، التهذيب في فقه الإمام الشافعي، ج ٤، ص ٤٤٩.

(٤) الغزالي، الوسيط في المذهب، ج ٤، ص ٢٠٣.

أ- المتوقع: وهو العذر يطرأ على العقد ويكون متوقعاً من قبل الدائن والمدين، لأن للإنسان فيه مدخلاً، والناشئ عن إرادة أي من المتعاقدين في حدوثه، مما ينبئ عن توقعه مسبقاً، وذلك كما أظهرت تطبيقاته في العقود التبادلية، من إرادة السفر، أو النقلة من البلد، أو ترك البناء، أو القسارة، أو الخياطة، ونحوها^(١).

ب- غير المتوقع: وهو العذر الذي يطرأ على العقد ولم يكن متوقعاً من المتعاقدين، لأنه لا مدخل لهما فيه، وإنما نزل بهما من غير إرادتهما، واختيارهما، وذلك كحدوث الفيضان، أو الزلزال، وغيرهما، من هذه الأمور الحسّية، والتي تمنع من استيفاء منفعة العين المستأجرة، وكذلك كحدوث مرض بالأجير يمنعه من القيام بما أوجب عليه العقد^(٢).

(١) ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج ٩، ص ٩٦. الزيلعي، تبين الحقائق، ج ٦، ص ١٦٠.

الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٤، ص ٥٥.

(٢) السرخسي، المبسوط، ج ١٦، ص ٧. الهروي، فتح باب العناية، ج ٢، ص ٥٥٥. الدريني،

النظريات الفقهية، ص ١٤٨.

المبحث الرابع مجال تطبيق العذر الطارئ في العقود

إنَّ أساس تطبيق العذر الطارئ مرجعه طبيعة العقود، ونوعها؛ فكل عقد يرتبط أساساً بمقصده، وهو أصل مشروعيته، وغايته. لذا تأتي طبيعتها مختلفة بحسب الأغراض المطلوبة منها؛ فمنها اللازم، والجائز، ومنها الفوري، والمستمر، وهكذا. مما يعني، أنَّ العقود ليست على طبيعة واحدة؛ فيتضح منه أن تأثير العذر الطارئ يتحدد بحسب هذه الطبيعة، وتفصيل ذلك في المطلبين الآتين:

المطلب الأول

العقود التي يدخلها مبدأ العذر الطارئ

يتناول مبدأ العذر الطارئ بأحكامه العقود الآتية:

أ) العقود اللازمة:

اللزوم في أصل الدلالة يأتي بمعنى الثبات والدوام^(١) وفي دلالة الاصطلاحية يعني أنه بات لا يملك أحد المتعاقدين بعد تكوين العقد فسخه، وإبطاله، والتحلل من قيده، ما لم يتفقا على الإقالة، لأن العقد اللازم متى وجد مستكماً أركانه، وشرائطه، كانت له قوة لا يستطيع أحدهما رفعها، لأن في نقض العقد تغييراً للوضع الحقوقي الذي استقر بين المتعاقدين، ومن أجل ذلك توقف نقضه على التراضي، كأصل العقد^(٢).

(١) لزم الشيء يلزم لزوماً، ثبت، ودام؛ فيقال: ألزمته، أي: أثبتته، وأدومته. انظر: الفيومي، المصباح المنير، ج ٢، ص ٥٥٢.

(٢) حماد، معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء، ص ٢٩١. التركماني، ضوابط العقد في الفقه الإسلامي، ص ١٩٧. سراج، نظرية العقد في الفقه الإسلامي، ص ٢٣٧. شلي، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي، وقواعد الملكية والعقود فيه، ص ٥٩٤.

لذا، فإن اللزوم فكرة أساسية ضرورية في العقود، ولولاها لفقد العقد أهمّ خصائصه، ومزاياه في بناء الأعمال، والحياة الاكتسابية^(١). وهذا ما أكدّه الإمام القرافي، بقوله: «إنَّ الأصل في العقد اللزوم؛ لأنَّ العقد إنما شرع لتحقيق المقصود من المعقود به، أو المعقود عليه، ودفع الحاجات؛ فيناسب ذلك اللزوم دفعاً للحاجة، وتحصيلاً للمقصود»^(٢).

هذا، وليس جميع العقود اللازمة تقبل أحكام مبدأ العذر الطارئ على حد سواء؛ فالبعض تتفق طبيعتها مع فلسفة أحكام مبدأ العذر الطارئ، وبعضها الآخر لا يتفق طبيعتها معها، وهذا يتضح من خلال بيان أنواع العقود اللازمة على النحو الآتي:

وتأتي العقود اللازمة على نوعين:

النوع الأول: العقود اللازمة للطرفين^(٣):

وهي العقود التي تنشئ التزامات متقابلة في ذمة أطرافها، وتسمّى عقوداً تبادلية، كالإجارة تنشئ التزاماً بتسليم العين المؤجرة في ذمة المؤجر، كما تنشئ التزاماً بأداء الأجرة في ذمة المستأجر^(٤).

وهي على نوعين:

أ- نوع لا يقبل الفسخ مطلقاً: فهذا النوع لازم لطرفيه، ولا يقصد به العوض؛ فلا يقبل الفسخ بحال من الأحوال، حتى لو اتفق المتعاقدان على ذلك،

(١) حامد، معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء، ص ٢٩١.

(٢) القرافي، الذخيرة، ج ٤، ص ١١٢٨.

(٣) انظر: ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص ٣٣٦. داماد أفندي، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج ٥، ص ٤٣٨. السيوطي، الأشباه والنظائر، ص ٢٧٥. الزركشي، المنشور في القواعد، ج ٢، ص ١٢٣.

(٤) العطار، نظرية الالتزام في الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية، ج ١، ص ٢٦٨.

لأن طبيعته تقتضي اللزوم، كالنكاح؛ فإنه بعد تمامه تترتب عليه آثاره؛ فلا يقبل الإلغاء الاتفاقي، وإنما يقبل الإنهاء بطرق شرعية، كالطلاق، والتفريق القضائي، لعدم الإنفاق، أو للعيب، أو سوء العشرة، ونحو ذلك^(١).

والسبب في عدم جواز الإلغاء الاتفاقي، أنه يؤدي إلى رفع العقد من أساسه، كأنه لم يكن؛ فلا يبقى من آثاره شيء^(٢)، في حين الإلغاء بالطلاق، أو الخلع، تترتب عليه بعض الآثار، كحرمة النسب، وثبوته، ونحو ذلك.

كما أنه لا يجوز اشتراط الخيار في هذه العقود؛ فلا يثبت فيها خيار، لأن ما لا يقبل الفسخ^(٣)، لا يثبت فيه خيار، لأن الخيار يعطي حق الفسخ لصاحبه^(٤).

ويتضح مما سبق، أن هذا النوع لا يعتبر مجالاً لمبدأ العذر الطارئ، وإنما أوجد المشرع الطرق الشرعية المناسبة لإنهائه، كالطلاق، وغيره. والسبب في ذلك يعود إلى أمرين:

١- أن مبدأ العذر الطارئ يقوم في أثره الجزائي على الفسخ، ومعلوم أن لهذه العقود خصوصية مختلفة عن العقود الأخرى، لذا كانت طبيعتها تقتضي اللزوم، وعدم الفسخ في الوقت نفسه، لما يترتب عليه من رفع لجميع آثاره، في حين أن هذه العقود تقتضي ثبوت بعض آثارها^(٥).

(١) ابن قدامة، المغني، ج ٣، ص ٤٢٠. الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج ٩، ص ٢٨٩. سراج، نظرية العقد في الفقه الإسلامي، ص ٢٤١. شلي، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي، وقواعد الملكية والعقود فيه، ص ٥٥٨.

(٢) شلي، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي، وقواعد الملكية والعقود فيه، ص ٥٥٨.

(٣) أي الإلغاء الاتفاقي.

(٤) ابن قدامة، المغني، ج ٣، ص ٤٢٠. الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج ٩، ص ٢٨٩. سراج، نظرية العقد في الفقه الإسلامي، ص ٢٤١.

(٥) وما يجدر التنبيه إليه، أن بعض آثار عقد النكاح قد تتغير بتغير الظروف، مثل النفقة، وإن كان عقد النكاح في أصله من العقود اللازمة التي لا تقبل الفسخ، ومثال ذلك ما نصّ عليه قانون =

٢- أن هذه العقود ليست من باب المعاوضة. قال الجصاص: «ولا يسمّى النكاح تجارة في العرف والعادة، إذ ليس المبتغى منه في الأكثر الأعمّ تحصيل العوض الذي هو المهر، وإنما المبتغى فيه أحوال الزواج من الصلاح، والعقل، والدين، والشرف، ونحو ذلك، فلم يُسمَّ تجارة لهذا المعنى»^(١).

ب- نوع يقبل الفسخ باتفاق أطراف العقد: ومن العقود اللازمة ما يقبل الفسخ إذا اتفق المتعاقدان على إنهاء العقد، وهي عقود المعاوضات المالية، مثل عقد الإجارة، والمساقاة، والمزارعة، ونحوها، ويسمّى الفسخ عندئذ إقالة^(٢).

وكما أنها تقبل الفسخ بالخيار؛ فإذا طرأ عليها من عيوب الرضا ما يرفع عنها صفة اللزوم في حق أحد الطرفين، كما في خيار العيب، وغيره من الخيارات؛ فإنها تنفسخ بإرادة الطرف الذي طرأ في جانبه العيب، واختل رضاه^(٣).

إذاً، يمكن القول: إنّ طبيعة هذه العقود تقبل الأثر الجزائي لمبدأ العذر الطارئ، وذلك لأمرين:

١- أن هذه العقود تقبل الإلغاء الاتفاقي بين المتعاقدين، وكذلك الفسخ بالخيار، وذلك للمحافظة على المراكز الحقوقية بين الطرفين، وهذا ما يقوم عليه مبدأ العذر الطارئ.

= الأحوال الشخصية الجديد، رقم ٦١ لسنة ١٩٧٦، المعدل بموجب القانون المعدل رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠١/٢٠٠٢ م في المادة (٧١) وبعد: «لا تسمع دعوى الزيادة أو النقص في النفقة المفروضة قبل مضي ستة أشهر على فرضها ما لم تحدث طوارئ استثنائية كارتفاع الأسعار».

(١) الجصاص، أحكام القرآن، ج ٢، ص ٢١٧.

(٢) الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج ٩، ص ٢٩٠. شلي، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي، وقواعد الملكية والعقود فيه، ص ٥٥٨. الزرقاء، المدخل الفقهي العام، ج ١، ص ٥٧٨.

(٣) الزرقاء، المدخل الفقهي العام، ج ١، ص ٥٢٦. الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج ٩، ص ٢٩٠.

٢- أن هذه العقود من باب المعاوضة القائمة على أساس تبادل العوضين، والفسخ يقوم شرعاً على فكرة المعاوضة المعتبرة شرعاً^(١)، وهو الحل الذي يقتضيه مبدأ العذر الطارئ.

النوع الثاني: العقود الملزمة لأحد المتعاقدين وغير لازمة بالنسبة للعاقِد الآخر:

العقود الملزمة لجانب واحد هي العقود التي تنشئ التزامات في ذمة أحد المتعاقدين دون الآخر، كالرهن، لازم في حق الراهن، جائز في حق المرتهن، وكذلك الكفالة، لازمة في حق الكفيل، غير لازمة بالنسبة للمكفول^(٢).

والعقد اللازم بحق طرف دون طرف يفسخ بإرادة من ليس لازماً بحقه، وهو الدائن، لأن العقد لمصلحته الشخصية، توثيقاً لحقه؛ فله التنازل عنه^(٣).

وهذا النوع من العقود لا تتفق طبيعته مع مبدأ العذر الطارئ، لأن الدائن يتمكن فيها من الفسخ متى شاء^(٤)، دون حاجة إلى مبدأ العذر الطارئ، ولأن الملتزم طرف واحد، وليس هناك معاوضة، أو مبادلة حتى يلجأ الطرف الآخر إلى الفسخ لحماية مصلحته، وتسويغ امتناعه من تنفيذ التزامه^(٥)، لذلك لا تحتاج هذه العقود إلى مبدأ العذر الطارئ.

(١) الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج٩، ص٢٦٠.

(٢) ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص٣٣٦. السيوطي، الأشباه والنظائر، ص٢٧٦. ابن قدامة، المغني، ج٣، ص٤٢٠. العطار، نظرية الالتزام في الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية، ج١، ص٢٦٨. أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، ص٤٢٤. الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج١، ص٥٢٦.

(٣) الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج٩، ص٢٦٠.

(٤) تقي الدين الحصني، القواعد، ج٤، ص١٢٢.

(٥) الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج٩، ص٢٦٠.

(ب) عقود المدة:

توضح تطبيقات مبدأ العذر الطارئ في الفقه الإسلامي أنَّ مجال العذر الطارئ هو عقود المدة، وهي العقود التي يحتاج تنفيذها إلى فترة زمنية لاستيفاء ما تمَّ الاتفاق عليه بين المتعاقدين، ويعتبر الزمن عنصراً أساسياً في تنفيذ التزاماتها؛ لأنها تعتمد عليه في الأداء، لذا تسمَّى عقوداً زمنية؛ مثل عقد الإجارة، وعقد المزارعة، وعقد المساقاة، وعقد المقاولة والتوريد^(١).

وتأتي عقود المدة على قسمين^(٢):

الأول: العقود الزمنية المستمرة، وهي ذات التنفيذ المستمر؛ فالزمن جزء من الأداء نفسه، مثل عقد الإجارة، حيث إن تنفيذها يمتد مع الزمن، والانتفاع عندئذ لا يقاس إلا بالمدة.

الثاني: العقود الزمنية الدورية، وهي ذات التنفيذ الدوري، فالأداء يرد متكرراً في مدة من الزمن، مثل عقد التوريد؛ فالزمن يعتبر شرطاً أساسياً لتكرار الأداء في التنفيذ.

هذا؛ فإنَّ طبيعة عقود المدة تتطلب مبدأ العذر الطارئ؛ لأنَّ تنفيذ التزاماتها يستغرق زمناً ما، وذلك حسب الاتفاق بين المتعاقدين، مما يدل على أنَّ آثارها لم تستنفذ مرة واحدة، وإنما تأتي على مراحل وفق ما تمَّ التعاقد عليه؛ فإذا طرأ عذر منع أحدهما من الاستيفاء؛ فقد فُقد عنصر الزمن أهميته بالنسبة له، والاستمرار على موجب العقد في ظل فقدانه لعنصره الأساس يُلحق به ضرراً زائداً، ولرفع ذلك عنه اقتضى إعمال مبدأ العذر الطارئ في هذه العقود.

(١) الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج ١، ص ٥٨٤. حميش، فقه العقود المالية، ص ٢٥.

(٢) النعيمي، نظرية الظروف الطارئة بين الشريعة والقانون، ص ٥٥، ٥٦.

أما العقود الفورية؛ فتقوم على تحديد الالتزامات المتبادلة بين المتعاقدين عند تكوين العقد، وتنقضي آثارها مرة واحدة؛ فهي لا تحتاج في تنفيذها إلى فترة زمنية، بل يتم استيفاء كل ما يوجبه العقد من آثار من قبل المتعاقدين على الفور، وتنقضي بذلك الالتزامات في آن واحد، وليس للزمن فيها أي اعتبار^(١)، كعقد البيع؛ فهو موجب للإيفاء بالالتزامات العقد^(٢) بين المتعاقدين على الفور، بأن تترتب آثاره عليه حالاً، وذلك بثبوت الملك في المبيع للمشتري، وفي الثمن للبائع، لأنه موجب للملك بنفسه؛ فالمشتري والبائع يملكان بنفس العقد ما تم التعاقد عليه^(٣).

قال الكاساني: «فتسليم البدلين واجب على المتعاقدين؛ لأن العقد أوجب الملك في البدلين، ومعلوم أنّ الملك ما ثبت لعينه، وإنما ثبت وسيلة إلى الانتفاع بالملوك، ولا يتهى الانتفاع به إلا بالتسليم؛ فكان إيجاب الملك في البدلين شرعاً إيجاباً لتسليمهما ضرورة»^(٤).

إذن، لا يحصل معنى البيع إلا بالتسليم، لأنه عقد مبادلة قائم على التبادل بين المتعاقدين. أما كيفية التسليم؛ فتكون بالتخلية، وهو أن يخلي البائع بين المبيع والمشتري برفع الحائل بينهما على وجه يتمكن المشتري من التصرف فيه؛ فيجعل البائع مسلماً للمبيع، والمشتري قابضاً له. وكذا تسليم الثمن من المشتري إلى البائع^(٥).

(١) الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج ١، ص ٥٨٣. حميش، فقه العقود المالية، ص ٢٥.

(٢) ينعقد البيع بمجرد الإيجاب والقبول، وهما دلالة التبادل. انظر: المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدي، ج ٣، ص ٢٣.

(٣) نظام وآخرون، الفتاوى الهندية، ج ٣، ص ٤. السرخسي، المبسوط، ج ١٢، ص ٢٤٠. وقال في موضع آخر: «إنّ البيع موجب للملك بنفسه». ج ١٣، ص ٢٩. الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٤، ص ٤٨٢.

(٤) الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٤، ص ٤٩٧.

(٥) الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٤، ص ٤٩٧، ٤٩٨. نظام وآخرون، الفتاوى الهندية، ج ٣، ص ١٨.

وعليه؛ فإن عقد البيع، وغيره من العقود الفورية، لا تخضع لمبدأ العذر الطارئ؛ لأن موجب هذه العقود انقضاء الالتزامات بين متعاقديها عقب انعقادها، وانقضاء آثارها في آن واحد، بأن يتسلم كل واحد ما وجب له بالعقد، وتنتهي العلاقات بينهما بالأداء مرة واحدة.

قال الكاساني: «إن البيع يوجب تسليم المبيع عقيبه بلا فصل؛ لأنه عقد معاوضة، تمليك بتمليك، وتسليم بتسليم؛ فالقول بتأخير التسليم يغير مقتضى العقد»^(١).

ج) العقود المالية التبادلية:

مرّ آنفاً، أن العقود تأتي من حيث المالية وعدمها على أنواع، تتمثل، بما يلي:

١- العقود المالية من الطرفين: وهي التي يقصد طرفاها منها المال حقيقة، كالبيع، ونحوه، أو حكماً، كالإجارة، ويطلق عليها العقود المالية المحضة^(٢).

والأساس الذي تقوم عليه طبيعة هذه العقود هو التبادل الحقوقي بين المتعاقدين، من خلال إنشاء الالتزامات المتقابلة، سواء أكانت مالا أم منفعة؛ فهي تحتوي على عوض من الجانبين لكونه مطلوب عاقيه^(٣).

إذ كانت العقود المالية التبادلية تقوم على التوازن الاقتصادي، والمالي بين المتعاقدين؛ فإنها تقبل جزاء العذر الطارئ في حالة طروء أضرار طارئة تخل بهذا

(١) الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٤، ص ٣٧٠.

(٢) الزركشي، المنتور في القواعد، ج ٢، ص ١٢٦. قلعه جي، الموسوعة الفقهية الميسرة، ج ٢، ص ١٤١١.

(٣) ابن عرفة، حاشية الدسوقي، ج ٣، ص ٢. التركماني، ضوابط العقد في الفقه الإسلامي، ص ٢٦٨. شلي، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي، ص ٥٦٧.

التوازن، وتفاوت الالتزامات بين طرفيها، عند التنفيذ، أو أثنائه، حماية للمراكز الحقوقية بينهما، لذا يشكل هذا النوع من العقود مجاًلاً واسعاً لتطبيق مبدأ العذر الطارئ.

٢- العقود المالية من أحد الطرفين: وهي العقود التي تكون مالية من طرف، وغير مالية من طرف آخر، كعقد النكاح، والخلع، ويطلق عليها العقود المالية غير المحضة^(١).

فهذه العقود ليست قائمة على أساس المعاوضة؛ فالمعاوضة تنشئ التزامات مالية متقابلة بين المتعاقدين، وهذه العقود لا يقصد منها العوض من الجانبين، وإنما من طرف دون الآخر. لذلك لا يعتبر مبنهاً التوازن الاقتصادي، والمالي بين متعاقديها، مما يفيد أنه لا يمكن تصور مبدأ العذر الطارئ في مثل هذه العقود، حتى يقال: إنها أدت إلى فقدان توازنها، وتفاوت التزاماتها، وبذلك لا تعتبر مجاًلاً للعذر الطارئ، وإنما أوجد التشريع الإسلامي الطرق المناسبة لإنهاء مثل هذه العقود، على ما مر ذكره.

٣- العقود غير المالية من الطرفين: وهي العقود التي لا يكون المال فيها مقصداً لكل من طرفيها، كما في عقد الهدنة^(٢)، إذ المعقود عليه من الطرفين كفّ

(١) الزركشي، المنشور في القواعد، ج ٢، ص ١٢٦. قلعه جي، الموسوعة الفقهية الميسرة، ج ٢، ص ١٤١١.

(٢) عالج الأستاذ الدكتور علي الصوا، أثر تغير الظروف في المعاهدات في الفقه الإسلامي، حيث بين قابلية عقد الهدنة للفسخ من الطرفين للمصلحة، بشرط إعلام الطرف الآخر بهذا الفسخ، وبين أن مرجعه معيار موضوعي، هو تبدل المصلحة. انظر: الصوا، علي، بحث بعنوان: «أثر تغير الظروف في المعاهدات في الفقه الإسلامي مقارناً بالقانون الدولي»، ص ٢٢٤٠، منشور في مجلة دراسات (العلوم الإنسانية)، تصدر عن الجامعة الأردنية، المجلد ٢٢ (أ)، العدد ٥، سنة ١٩٩٥.

كلّ منهما عن القتال مدة معينة، وكما في عقد الوكالة، إذ محله النيابة في عمل مخصوص^(١).

فهذه العقود ليس مبناهما المعاوضة، وبالتالي تخرج عن إطار الدراسة.

ويتضح مما سبق، أنّ مجال العذر الطارئ يتحدد في العقود الصحيحة النافذة اللازمة للجانبين، مما لا يملك أحد عاقدَيها فسخها دون رضا الطرف الآخر. وأن تكون من باب المعاوضة القائمة على أساس تبادل العوضين، ويحتاج تنفيذها إلى فترة زمنية لاستيفاء ما تمّ الاتفاق عليه.

المطلب الثاني

العقود التي لا يدخلها مبدأ العذر الطارئ

العقود التي لا يدخلها العذر الطارئ تقع في الأنواع التالية:

أ) العقود الجائزة (غير اللازمة):

وهي العقود التي يملك فيها كل من العاقدَين حق الفسخ والإلغاء منفرداً بفسخها، مستقلاً به، ولو لم يرض الطرف الآخر^(٢).

(١) الزركشي، المنشور في القواعد، ج ٢، ص ١٢٦. قلعه جي، الموسوعة الفقهية الميسرة، ج ٢، ص ١٤١١.

(٢) ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص ٨٠. القرافي، الفروق، ج ٤، ص ١١٢٩. تقي الدين الحصني، القواعد، ج ٤، ص ١٢٢. الزركشي، المنشور في القواعد، ج ٢، ص ١٢٣. السيوطي، الأشباه والنظائر، ص ٢٧٦. ابن قدامة، المغني، ج ٣، ص ٤٢٠. الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج ٩، ص ٢٩٠. أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، ص ٤٢٤. التركماني، ضوابط العقد في الفقه الإسلامي، ص ١٩٩.

والعقد الجائز قد يكون غير لازم بطبيعته، أي: لا تتحقق مصلحته مع اللزوم بل مع الجواز. أو لورود الخيار للعاقدين، أو لأحدهما بفسخه، نفيًا للضرر عن المتعاقدين؛ فجعل على الجواز^(١).

فالعقد الجائز لا يحتاج إلى الفسخ بمبدأ العذر الطارئ؛ لأن كلاً من متعاقديه يملك فسخه بالإرادة المنفردة متى شاء؛ فإذا طرأ على العقد ما يفقده توازنه، فسخه منفرداً، وإن لم يرض الطرف الآخر، نفيًا للضرر عن نفسه دون الحاجة إلى مبدأ العذر الطارئ.

ويتفرع عن العقود الجائزة تصرفات الإرادة المنفردة، وهي التي تنعقد بإرادة واحدة، كالوصية إلى جهة خيرية؛ فإنها تفسخ بإرادة منشئها، وهنا تفسخ بإرادة الموصي نفسه^(٢)؛ فهي تلحق بها لعدم حاجتها إلى أحكام العذر الطارئ.

ب) العقود التي تدخلها الخيارات :

الخيار في الأصل^(٣) يدل على الاختيار، وهو أن يختار من فوض إليه الخيار بين الأمرين. ثم ثبت في الدلالة الفقهية أن للعاقِد حق إمضاء العقد، أو فسخه، لظهور مسوغ شرعي، أو بمقتضى اتفاق عقدي؛ فيكون للمتعاقد الحق في الاختيار بين إمضاء العقد، أو فسخه^(٤).

(١) القرافي، الذخيرة، ج ٦، ص ٥٥. القرافي، الفروق، ج ٤، ص ١١٢٩. سراج، نظرية العقد في الفقه الإسلامي، ص ٢٤١.

(٢) الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج ٩، ص ٢٩١ - ٢٩٢. الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج ١، ص ٥٢٧.

(٣) الأصل اللغوي؛ فيقال: خيره بين الشيئين، أي: فوض إليه الخيار، وأنت بالخيار، أي: اختر ما شئت. انظر: الفيومي، المصباح المنير، ج ١، ص ١٨٥. الرازي، مختار الصحاح، ص ١٠٢، ١٠٣. الفيرز وأبادي، القاموس المحيط، ص ٣٥١.

(٤) الشربيني، مغني المحتاج، ج ٢، ص ٤٠٢. البهوتي، كشاف القناع، ج ٣، ص ١٩٨. ابن الأثير، النهاية في غريب الحديث والأثر، ج ٢، ص ٨٧. الجمعة، معجم المصطلحات الاقتصادية والإسلامية، ص ٤١٧.

ويأتي الخيار على نوعين^(١):

١- نوع يثبت شرطاً، وهو ما توقف ثبوته على اتفاق المتعاقدين، واختيارهما، من غير توقف على أمر في المبيع؛ فهو لا يثبت إلا بالاشتراط، كخيار الشرط. والفسخ هنا بسبب تضمن العقد شرطاً يمنح أحد العاقدين، أو كليهما حق فسخ العقد.

٢- نوع يثبت شرعاً لا شرطاً، وهو ما توقف ثبوته على إيجاب الشرع له، حتى لو لم يشترطه المتعاقدان، كخيار الرؤية والعيب. والفسخ هنا بسبب وجود خلل في تكوين العقد، خاصة فيما يتعلق بالمعقود عليه، أو بسبب وجود خلل في الرضا، فإذا شاب الرضا بعض العيوب، كالإكراه أو التغرير، ثبت ذلك.

وإذا أقر التشريع الإسلامي مبدأ الخيار في العقود، مع أنه يخالف مقتضى العقد، وهو اللزوم، ما كان ذلك إلا من أجل الاستيثاق من الرضا، والتأكد من سلامته، أو وجوده. وإلى جانب ذلك يعمل مبدأ الخيار على التخفيف من مغبة الإخلال بالالتزامات التعاقدية، لأن المتعاقد إذا شعر بأن رضاه غير مكتمل، وأنه انتزع منه على حين غفلة؛ فإنه غالباً ما يلجأ إلى المماطلة في تنفيذ التزاماته. وكما أنه قد يقدم على العقد على أن المعقود عليه خالٍ من العيوب، ثم يتبين أنه معيب بعيب لم يكن يعلم به وقت التعاقد؛ فأعطاه الشارع في هذه الحالة حق الفسخ. لذا شرع الخيار رفقاً بالمتعاقدين للنظر والرأي والاختيار، ودفعاً للضرر الذي يلحقهما نتيجة للزوم العقد، وضماناً لرضاهما^(٢).

(١) الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٤، ص ٥٢٤. الخطاب، مواهب الجليل، ج ٦، ص ٣٠٦. الشربيني، مغني المحتاج، ج ٢، ص ٤٠٢. الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج ٤، ص ٢٣١، ج ٩، ص ٤٦٤. شلي، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه، ص ٢٩٤، ٢٩٥.

(٢) داماد أفندي، مجمع الأنهر، ج ٣، ص ٣٥. الخطاب مواهب الجليل، ج ٦، ص ٣٠٣. أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، ص ٤٢٥، ٤٢٦. التركماني، ضوابط العقد في الفقه =

هذا، وإثبات مبدأ الخيار في العقود لا يضعف من القوة الملزمة للعقد، لأن العقد نشأ غير لازم باتفاق إرادتي العاقلين، كما في خيار الشرط، ونحوه، أو بحكم الشرع، كما في خيار العيب؛ فالأول نشأ بإرادة المتعاقدين. والثاني يخل بإرادة العاقد ورضاه.

والمراد بالعقود هنا العقود الكاملة اللازمة التي لا خيار فيها. ومعلوم أن الخيار شرع للتأكد من سلامة الرضا وتمامه^(١).
فإذا ثبت الخيار؛ فإن أثره يتحدد بما يلي^(٢):

١- أن العقد المقترن بالخيار، عقد غير لازم؛ فهو غير لازم بالنسبة لمن له الخيار أثناء المدة المتفق عليها، وعدم اللزوم هنا هو صفة عارضة تطرأ على العقد بعد تكوينه، أو أثناء تكوينه بسبب وجود الخيار، وتزول بزوال الخيار.

٢- أن يملك من له الخيار حق فسخ العقد أثناء المدة المتفق عليها، وإن لم يخل المتعاقد الآخر بالوفاء بالالتزام، سواء كان بالقول الدال على فسخ العقد، أو بالفعل المعبر عن ذلك، على أن يعلم الطرف الآخر به، ومنعاً للضرر؛ ثبت الخيار أمراً عارضاً يزيل الرابطة العقدية بين المتعاقدين.

فالعقود التي تدخلها الخيارات لا تحتاج إلى الفسخ بمبدأ العذر الطارئ، لأن الخيارات تسوغ لأحد المتعاقدين، أو كليهما، فسخ العقد متى أراد صاحب

= الإسلامي، ص ٢٠٥. العلفي، أحكام الخيارات في الشريعة الإسلامية، ص ٣٣. شلي، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي، وقواعد الملكية والعقود فيه، ص ٥٩٤، ٥٩٥. حسين، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، ص ٣٣٣.

(١) الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج ٩، ص ٢٥٩، ٢٧١.

(٢) سراج، نظرية العقد في الفقه الإسلامي، ص ٢٤٣، العلفي، أحكام الخيارات في الشريعة الإسلامية، ص ٣٥، ٦٢. العطار، نظرية الالتزام في الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية، ص ٢٦٣.

الخيار دون التوقف على رضا الآخر؛ فالعقد المقترن بالخيار، عقد غير لازم يستطيع فيه من تقرر له الخيار فسخ العقد منفرداً^(١).

فالجزء الذي يوجبه مبدأ الخيار في جانب من ثبت له هذا الحق، هو ذات الجزء الذي يوجبه مبدأ العذر الطارئ في جانب الطرف المضرور من تغير ظروف العقد. مما يعني أنه بالإمكان أن يقوم صاحب الخيار بالفسخ عن طريقه، وهو الأولى؛ لأنه حق ثابت له بالعقد، وهذا مما يغنيه عن الاستناد إلى مبدأ العذر الطارئ.

ج) العقود الموقوفة:

وهي ما كانت مشروعة بأصلها، وتفيد الملك على سبيل التوقف، ولا تفيد تمامها، لأنها صدرت عن شخص ليس له ولاية إصدارها، ولكنه يملك أهلية التعاقد، كعقد الفضولي^(٢).

ومعنى ذلك، أن هذه العقود لا يترتب على إنشائها أي أثر من آثار العقود الصحيحة النافذة، لأنها تتوقف على إجازة صاحب الشأن الذي يملك ولاية إصدارها؛ فإن أجازها، ووافق عليها وفق إرادته، صارت صحيحة ونافذة، ويترتب عليها آثار العقود الصحيحة النافذة، وإذا لم يجزها، فسخ العقد، وانحل، واعتبر كأنه لم يكن^(٣).

(١) الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج ٤، ص ٢٣١. العلفي، أحكام الخيارات في الشريعة الإسلامية، ص ٦٢.

(٢) عبد المنعم، معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية، ج ٢، ص ٥١٩، ٥٢٠. أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، ص ٢٩٥. الزرقاء، المدخل الفقهي العام، ج ١، ص ٥٧٧. التركماني، ضوابط العقد في الفقه الإسلامي، ص ٢٧٢. شلي، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه، ص ٥٥٧.

(٣) التركماني، ضوابط العقد في الفقه الإسلامي، ص ١٨٧. الحمصاني، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية، ج ١، ص ٦٥. شلي، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه، ص ٥٥٧.

هذا، وأوقف التشريع الإسلامي نفاذ آثار هذه العقود على إجازة أصحابها، ورضاهم، مراعاة لمصالح العاقلين، وحماية لهم من أي ضرر يترتب على انعقادها^(١).

تقرر مما سبق، أن العقد الموقوف عقد غير نافذ، لا ينتج آثاره حالاً، ويحتاج في نفاذه إلى إجازة صاحب العلاقة؛ فهو موقوف على إجازته، أو فسخه بإرادته المنفردة^(٢). مما يعني ذلك، أن طبيعة هذه العقود لا تحتاج في حالة الفسخ إلى الاستناد إلى مبدأ العذر الطارئ، لأنها بطبيعتها تخول صاحب الشأن الحق بالفسخ، أو الإجازة في ظل الظروف التي أبرم فيها العقد.

(د) العقود الفورية في أثرها:

وهي العقود التي لا يحتاج تنفيذها إلى فترة زمنية، بل يتم استيفاء كل ما يسوغه العقد من قبل المتعاقدين على الفور، وتنقضي به الالتزامات في آن واحد، وليس للزمن فيها أي اعتبار^(٣)، كعقد البيع، فهو موجب للإيفاء بالتزامات العقد بين المتعاقدين على الفور، بأن تترتب آثاره عليه حالاً، وذلك بثبوت الملك في المبيع للمشتري، وفي الثمن للبائع، لأنه موجب للملك بنفسه؛ فالمشتري والبائع يملكان بنفس العقد ما تم التعاقد عليه^(٤).

وعليه؛ فإن عقد البيع، وغيره من العقود الفورية لا تخضع لمبدأ العذر الطارئ، لأن موجب هذه العقود انقضاء الالتزامات بين متعاقديها عقب انعقادها، وانقضاء آثارها مرة واحدة، بأن يتسلم كل واحد ما وجب له بالعقد وتنتهي العلاقات بينهما بالأداء مرة واحدة.

(١) سراج، نظرية العقد في الفقه الإسلامي، ص ٢٢٨.

(٢) العلفي، أحكام الخيارات في الشريعة الإسلامية، ص ٧٢.

(٣) الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج ١، ص ٥٨٣. حميش، فقه العقود المالية، ص ٢٥.

(٤) نظام وآخرون، الفتاوى الهندية، ج ٣، ص ٤. السرخسي، المبسوط، ج ١٢، ص ٢٤٠. الكاساني،

بدائع الصنائع، ج ٤، ص ٤٨٢.

المبحث الخامس

الأسس العامة لمبدأ العذر الطارئ في الفقه الإسلامي، ومؤيدات ذلك

يُجد مبدأ العذر الطارئ أساسه في الأصول التشريعية العامة، والفقهية الاجتهادية، وما ينبثق عنها من قواعد فقهية، بحيث تشكل أساساً تشريعياً، يستند إليها فقهاء في حالة تغير ظروف العقد، قطعاً لأثرها، ومنعاً لاستمرارها في المستقبل، وهي:

أ) الأصول التشريعية العامة:

١ - قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾ [البقرة: ١٨٨].

تعتبر هذه الآية من قواعد المعاملات، وأساس المعاوضات، بدلالة قوله تعالى: ﴿بَيْنَكُمْ﴾؛ فالمراد بها كل ما يقع به التعامل بين اثنين فأكثر. وينبغي عليها حرمة أكل مال الغير بالباطل، والباطل ما لم يكن في مقابلة شيء حقيقي؛ فيتحقق في كل أخذ للمال بغير رضا من المأخوذ منه، وكل ما لم يأذن الشرع بأخذه لذا وردت كلمة الأكل مطلقة، حتى تفيد الأخذ بأنواعه المختلفة^(١). مما تشكل بمضمونها أصلاً تكليفاً عاماً في كل صور المعاوضات التي يتحقق فيها أكل مال الغير بالباطل.

(١) ابن العربي، أحكام القرآن، ج ١، ص ٩٦. القرطبي، مختصر تفسير القرطبي، ج ١، ص ١٥٢. الألوسي، مقدمة تفسير روح المعاني، ج ١، ص ٦٣٦، ٦٣٧. رضا، تفسير المنار، ج ٢، ص ١٩٨.

هذا، ووجه الاستدلال من الآية على أساس شرعية مبدأ العذر الطارئ تتمثل بما يلي:

إن العقد ينشئ بين المتعاقدين على أساس التوازن في الالتزامات العقدية، بحيث يسعى كل متعاقد إلى بذل ما يطلب منه في مقابل حصوله على مقصوده؛ فهو التزام مقابل التزام، وفي حالة طرء العذر الطارئ على العقد؛ فإنه يحول دون تمكن أحد المتعاقدين من استيفاء المنفعة المقصودة، وذلك بأن يؤدي إلى فواتها أو إنقاصها؛ فبقاء العقد، وتنفيذ الالتزام على الرغم من آثار هذا العذر يؤدي حتماً إلى أن يستوفي أحد المتعاقدين قيمة الالتزام كاملاً، وأن يحرم الآخر، أو ينقص من حقه بفعل ذلك الظرف دون وجه حق^(١). وحسب مفهوم الآية يعتبر أكلاً للمال بالباطل، لأن الاستيفاء سيكون دون مقابل مستحق شرعاً. قال ابن العربي في تفسيره لكلمة الباطل الواردة في الآية: «يعني بما لا يحل شرعاً، ولا يفيد مقصوداً، لأن الشرع نهى عنه، ومنع منه، وحرّم تعاطيه»^(٢).

هذا؛ فإن مقصد العقود الأساسي هو تبادل الالتزامات بين المتعاقدين، وهي غايتها التي شرعت من أجلها^(٣)؛ فإذا لم تفد مقصوداً لأيٍّ من طرفيها؛ فإنها تدخل في عموم النص، لأنه يعمّ مطلق الأخذ بأيّ صورة كانت.

وبيّن ابن تيمية وجه ذلك؛ فقال: «... ومن أكل أموال الناس بالباطل أخذ أحد العوضين بدون تسليم العوض الآخر، لأن المقصود بالعهد، والعقد المالية هو التقابض، فكل من العاقدین يطلب من الآخر تسليم ما عقد عليه؛

(١) الدريني، النظريات الفقهية، ص ١٥٧. قطناني، العدل في الشريعة الإسلامية وتطبيقاته في الفقه الإسلامي، ص ٣٩٢.

(٢) ابن العربي، أحكام القرآن، ج ١، ص ٩٧.

(٣) الشاطبي، الموافقات، ج ٣، ص ١٢٠.

فالعقود موجبة للقبوض، والقبوض هي المسؤولية المقصودة المطلوبة، ولهذا تتم العقود بالتقابض من الطرفين»^(١).

وبناء على ما سبق؛ فإن هذه الآية تعتبر أساساً شرعياً يستند إليه مبدأ العذر الطارئ، وذلك على اعتبار أنها أصل تكليفي عام يشمل بمضمونه، وحكمه كل الوقائع، وصور المعاملات التي يتحقق فيها أكل الأموال بالباطل، وذلك دون أساس، أو سبب شرعي ثابت معتبر، ولو عن طريق تنفيذ الالتزامات التعاقدية، لعموم النص، لذا؛ فإن الأصل العام، وهو لزوم العقد، ووجوب الوفاء بالتزاماته مقيد بالأدلة التي تحرم أكل أموال الناس بالباطل^(٢).

٢- قوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ﴾ [النحل: ٩٠].

العدل مقصد تشريعي ينهض في أصل حقيقته على الإنصاف^(٣) في تشريع الأحكام، أصالة أو استثناءً، في كافة الظروف المحتفة بها.

وهذا المقصد يشكل مصدراً أساسياً لمبدأ العذر الطارئ، إذ المضي على موجب العقد في ظلّ الظرف الطارئ، هو خروج من العدل إلى الظلم، وذلك لأن اختلال التوازن الاقتصادي للعقد بفعل الظرف الطارئ يفسد معنى العدل، لاختلال مقاربة التساوي، وكما أنه يصادم إرادة الشارع الحكيم، لأن التزامات العقد من وضع الشارع^(٤)، وإرادة الشارع اتجهت إلى تحقيق المصالح من خلال تقابل الالتزامات، لا إلى الأضرار، والنتيجة هنا من أثر العذر الطارئ الواقع

(١) ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ج ٣٠، ص ٢٦٤.

(٢) الدريني، النظريات الفقهية، ص ١٥٩، ١٦٠.

(٣) الجصاص، أحكام القرآن، ج ٣، ص ٢٤٧.

(٤) قطناني، العدل في الشريعة الإسلامية وتطبيقاته في الفقه الإسلامي، ص ٣٨٧.

على العقد؛ فليس من العدل إذن إبقاء تلك الأضرار المترتبة عليه، لأن عدم مراعاة العذر الطارئ على العقد يتعارض مع العدل أيضاً^(١).

هذا، ويعتبر العدل من أهم الأسباب الموجبة للاستثناء من القياس العام في حالة اقتضاء الظروف لذلك، وفي حالة العذر الطارئ يقتضي الاستثناء قطع أثره اللاحق بالمدين منعاً للضرر، والتفاتاً للعدل.

ويؤكد هذا المعنى، أن الشرع يمنع من الفسخ في حالة ترتب الضرر على فسخ العقد الجائز على أحد المتعاقدين. قال الزركشي: «العقود الجائزة إذا اقتضى فسخها ضرراً على الآخر امتنع وصارت لازمة»^(٢). وقال ابن رجب: «التفاسخ في العقود الجائزة متى تضمن ضرراً على أحد المتعاقدين، أو غيرهما ممن له تعلق بالعقد، لم يجوز، ولم ينفذ إلا أن يمكن استدراك الضرر بضمان، فيجوز على ذلك الوجه»^(٣).

إذن؛ فمراعاة آثار العذر الطارئ، وإعادة التوازن الاقتصادي، والمالي إلى العقد، هو عين العدل، استثناءً من الأصل العام في العقود، وهو اللزوم.

٣- قوله تعالى: ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾ [البقرة: ٢٨٦].

هذه الآية تقرر أن مبني التشريع الإسلامي على اليسر، ورفع الحرج، والمشقة عن المكلفين، وهي أصل قطعي وثابت في الشرع بدلالة منطوق هذه الآية، وغيرها؛ ومن الآيات التي تدل على أن هذا الدين مبني على التيسير،

(١) المرجع السابق، ص ٣٩٠.

(٢) الزركشي، المنشور في القواعد، ج ٢، ص ١٢٥.

(٣) ابن رجب، القواعد، ص ١١٠.

ورفع الحرج ^(١)، قوله تعالى: ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَاءً أَتَنَهَا﴾ [الطلاق: ٧].
 وقوله تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ [الحج: ٧٨]. وقوله تعالى:
 ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ﴾ [البقرة: ١٨٥].

فهذه الآيات تقرر أمرين ^(٢):

الأول: عدم التكليف بما جاوز الطاقة والوسع؛ فما التكليف إلا في وسع المكلف، وفي مقتضى إدراكه، وبنيته؛ فالله تعالى لا يكلف أحداً ما لا قدرة له عليه، ولا طاقة له به، ولو كلف أحداً ما لا يقدر عليه، ولا يستطيعه، لكان مكلفاً له ما ليس في وسعه.

الثاني: أن كل ما أدى إلى الضيق، والحرج، والمشقة، منفي عن المكلفين، وأنه لا قصد للشارع في وقوع ذلك، ولهذا وضع الفقهاء عدداً من القواعد الفقهية تؤكد هذا المعنى، من مثل: «المشقة تجلب التيسير»، «الضرر يزال».

هذا؛ فقد ثبت قبلاً، أن من شروط التكليف قدرة المكلف على أداء ما كلف به؛ فما لا قدرة له عليه، لا يصح التكليف به شرعاً، لأن الشارع لم يقصد إلى التكليف بالمشاق؛ فثبت منه، أن التكليف بما لا يطاق، لا يتصور، وكذلك التكليف بالمشقة غير المعتادة. بدلالة النصوص السابقة، والثابتة على سبيل القطع ^(٣).

(١) ابن العربي، أحكام القرآن، ج ١، ص ٢٦٤. طنطاوي، محمد السيد، التفسير الوسيط للقرآن الكريم، ج ١٦، ص ١٠٨.

(٢) الجصاص، أحكام القرآن، ج ١، ص ٦٥١، ٦٥٢، ج ٣، ص ٣٢٧. القرطبي، مختصر تفسير القرطبي، ج ١، ص ٢٧٩. ابن العربي، أحكام القرآن، ج ١، ص ٢٦٤. تقي الدين الحصني، القواعد، ج ١، ص ٣٠٨.

(٣) الشاطبي، الموافقات، ج ٢، ص ١٧١، ٢٠٤، ٢١٠. صدر الشريعة، متن التنقيح في أصول الفقه، مع شرح التلويح على التوضيح، ج ١، ص ٣٦٧. الشوكاني، إرشاد الفحول إلى تحقيق علم الأصول، ص ٢٩.

أما المشقة المعتادة إذا طرأ عليها من الطوارئ ما يجعلها غير معتادة؛ فقد شرع لها الرخص للتخفيف عن المكلف^(١)؛ لأن الإبقاء على أثرها يدل على أن وضع الشريعة يكون على قصد العنت، والمشقة، وقد ثبت أنها موضوعة على قصد التيسير والتخفيف؛ فكان الجمع بينهما تناقضاً، وهي منزّهة عن ذلك.

وبناء على هذا التصور، يمكن بناء وجه الدلالة من هذه الأدلة فيما يتعلق بالعدر الطارئ على النحو الآتي:

إنّ التزامات العقد هي من وضع الشارع من حيث الأصل، لذلك؛ فالعقد يتضمن تكليفاً يقتضي موجبه مشقة معتادة؛ فإذا عرض له ظرف طارئ، وجعل المضي على موجبه المشقة غير معتادة، ثلحق بالمدين الحرج والعنت، تأتي الرخص هنا لإعادة اقتصاديات العقد إلى نصابها، لأن التكليف بالوفاء في هذه الحالة يعتبر غير معتاد؛ فوجب رفعه عنه، ومنع نفاذ آثاره.

وعليه؛ فإن أدلة رفع الحرج، والمشقة تشكل أساساً تشريعياً يمكن الاستناد إليه في اعتبار مبدأ العذر الطارئ في العقود التبادلية.

٤- قوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»^(٢): يعتبر هذا الحديث قاعدة من قواعد الشرع تشهد له جزئيات وكليات^(٣)، وينبئ عن مقصد أساس ثابت على سبيل

(١) الشاطبي، الموافقات، ج ٢، ص ٢١٢.

(٢) سبق تخريجه، ص (٣٨).

(٣) الشوكاني، نيل الأوطار، ج ٥، ص ٣٥٨. ومن النصوص التي تشهد له: «قوله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقَ الْمَرءُ نِسَاءً فَلْيُنْفِقْ أَجْلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تَقْسِرُوهُنَّ فِرَارًا لِّتَعْتَدُوا﴾ [البقرة: ٢٣١]. وقوله تعالى: ﴿لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ﴾ [البقرة: ٢٣٣]. وقوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ وَلَا تَضَارُّوهُنَّ لِيُحْضَبَفُوا عَلَتَيْن﴾ [الطلاق: ٦]. وقوله تعالى: ﴿مِنْ بَعْدِ وَصِيِّ يُوْصَىٰ بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَارٍّ﴾ [النساء: ١٢]. وغير ذلك من النصوص التي تبين أن الضرر منفي في الشريعة الإسلامية، ولا يجوز إيقاعه بغير وجه حق بثّة.

القطع في التشريع الإسلامي، وهو تحريم الضرر، على أي صفة كان، لما فيه من معارضة الأصل العام الذي يقوم على جلب المصالح ودرء الأضرار، وضمناً لهذا الأصل اعتبر هذا الحديث قاضياً على الحقوق كافة بالتقييد بعدم الضرر، دفعاً للحرص والعنت عن الناس، إذا ما اقتضى الأمر إلى ذلك ^(١).

وتحقيقاً لهذا المقصد في أوسع مدى له، فرّع الفقهاء عن هذا الأصل قواعد فقهية تنهض بنفس الغاية، من مثل: «الضرر يزال» و «درء المفاسد أولى من جلب المصالح» و «الضرر لا يزال بمثله» و «يتحمل الضرر الخاص لدفع ضرر عام» و «الضرر يدفع بقدر الإمكان»، وغيرها ^(٢).

وعموم قوله عليه السلام: «لا ضرر ولا ضرار»، وما يتفرع عنه من قواعد فقهية مؤيدة للمعنى ذاته، يعتبر مستنداً لمبدأ العذر الطارئ، لأن الأصل الذي ينهض عليه هو رفع الضرر الناتج عن أثر العذر الطارئ، واللاحق بأحد المتعاقدين.

وتوجيه ذلك أن مقصود العاقدین عند إنشاء العقد هو التزام المصلحة لا الضرر، وهو التزام مقابل التزام الأمر الذي يوجبه مقتضى العقد، لأنه جعل وسيلة إلى ذلك، لا من أجل جلب الأضرار على صاحبه؛ فإذا طرأ عذر طارئ أفقده ذلك؛ فإنه يتنافى مع موجب الالتزام، لما يترتب عليه من ضرر لاحق بأحد المتعاقدين ناشئ عنه.

هذا؛ فإن أثر العذر الطارئ هو الضرر الزائد، من جراء فوات المنفعة المقصودة بالعقد، أو انتقاصها، وهو ضرر بعينه، لأنه يوجب عجز المتعاقد من المضي على موجب العقد إلا باستحقاق ذلك، مما يثبت ذلك شمولية عموم حكم قوله عليه السلام: «لا ضرر ولا ضرار» لأثر العذر الطارئ في تطبيقاته.

(١) الدررني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، ص ٢٩٤.

(٢) ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص ٨٥، ٨٧، ٩٠. السيوطي، الأشباه والنظائر، ص ٨٣، ٨٦، ٨٧.

(ب) الأصول الفقهية الاجتهادية :

١- أصل النظر في مآلات الأفعال: استند فقهاء الحنفية في تأسيس مبدأ العذر الطارئ فقهيّاً على أصل النظر في مآلات الأفعال، وهو أصل معتبر في الفقه الاجتهادي، يعتمد في أصله على تكييف التصرف من جديد، في ضوء الظروف والملابسات المختلفة بالحكم، بقطع النظر عن حكمه الأصلي^(١). قال الشاطبي: «النظر في مآلات الأفعال معتبرٌ مقصودٌ شرعاً»^(٢).

واستناداً إلى أصل النظر في مآلات الأفعال، أوجب فقهاء الحنفية فسخ العقد لما يترتب على مآل العذر الطارئ من ضرر زائد واقع أو متوقع^(٣)، لأن المضي على موجب العقد للوفاء بمطالبات العقد الحقوقية في حال وقوعه سيؤدي حتماً إلى وقوع ذلك الأثر في جانب المدين.

ومآل العذر الطارئ يوجب فسخ العقد على سبيل الاستثناء من الأصل العام في العقود، وهو اللزوم، دفعاً للضرر، وتوثيقاً لأصل مشروعية العقد، وهي المصلحة، وخلاف ذلك، يترتب عليه تحقق وقوع الضرر بالمدين، وهو منفي في الشريعة، ووقوع التناقض والاختلاف، وهي منزّهة عن ذلك.

وتوقياً من ذلك، أجاز الحنفية الفسخ بالعذر الطارئ اعتباراً الملحظ، وهو ما ظهر في تعليل فسخ عقد الإجارة بالعذر الطارئ فقالوا: «إنّ جواز هذا العقد للحاجة، ولزومه لتوفير المنفعة على المتعاقدين؛ فإذا آل الأمر إلى الضرر أخذنا فيه بالقياس»^(٤).

(١) الدريني، النظريات الفقهية، ص ١٨٦.

(٢) الشاطبي، الموافقات، ج ٥، ص ١٧٧.

(٣) الدريني، النظريات الفقهية، ص ١٧٤.

(٤) العيني، البناية شرح الهداية، ج ١٠، ص ٣٤٧. وانظر: الزيلعي، تبين الحقائق، ج ٦، ص ١٦١.

قال الدريني: «أصل النظر في مآل الظرف، أو العذر الطارئ هو العلة في سلب صفة اللزوم في الحال عن عقد الإجارة وإثبات حق الفسخ للمضرور في اجتهاد أئمة الحنفية إذا تعين طريقاً لدفع الضرر غير المستحق»^(١).

إذن؛ فمبدأ النظر في المآل يقوم على فكرة دفع الضرر عن المتعاقد المدين الذي اختل توازن عقده اقتصادياً بفعل الظرف الطارئ، استناداً إلى مبادئ العدالة في التشريع الإسلامي.

٢- قياس العذر الطارئ على العيب في المبيع قبل القبض: الأساس الفقهي الآخر الذي استند إليه فقهاء الحنفية في إثبات شرعية مبدأ العذر الطارئ هو القياس على العيب في المعقود عليه قبل القبض.

وبيان ذلك، أن المعقود عليه هو المنافع، والمنافع غير مقبوضة، لأنها تحدث شيئاً فشيئاً؛ فما وجد من غير عيب يكون حادثاً قبل القبض في حق ما بقي من المنافع، فيوجب الخيار، وكذلك المنافع في حالة العذر الطارئ غير مقبوضة، وهي المعقود عليها؛ فصار العذر الطارئ، كالعيب قبل القبض في المبيع، فيفسخ به، إذ المعنى يجمعهما، وهو عجز العاقد عن المضي في موجب العقد إلا بتحمل ضرر زائد غير مستحق في العقد^(٢).

ووجه ذلك، أن العيب^(٣) يوجب النقصان في المعقود عليه، مما يفوت على العاقد مقصوده من العقد، إذ مبنى العقد كان على السلامة من العيوب، وهو

(١) الدريني، النظريات الفقهية، ص ١٧٤.

(٢) العيني، البناية شرح الهداية، ج ١٠، ص ٣٤٧. قاضي زاده، نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار، ج ٩، ص ١٥٠. الزيلعي، تبين الحقائق، ج ٦ ن ص ١٥٥، ١٦٠.

(٣) العيب الذي يوجب الخيار في اصطلاح الفقهاء، يعرف على النحو الآتي، عرفه الكاساني، بما يلي: «كل ما يوجب نقصان الثمن في عادة التجار نقصاناً فاحشاً أو يسيراً؛ فهو عيب يوجب الخيار». انظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٤، ص ٥٤٤. وانظر: الموصلي، الاختيار لتعليل =

وصف مطلوب له؛ فإذا لم يسلم فقد فات رضاه، وهذا يوجب الخيار؛ لأن أثره - العيب - يمنع لزوم العقد، منعاً للضرر عن المشتري الذي تضرر بنقصان المالية في المبيع^(١). قال تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾ [النساء: ٢٩].

وعلى الإمام الكاساني ثبوت الرد به، من خلال بيانه أن السلامة مشروطة في العقد دلالة؛ فقال: «إن السلامة في البيع مطلوبة للمشتري عادة إلى آخره؛ لأن غرضه الانتفاع بالمبيع، ولا يتكامل انتفاعه إلا بقيد السلامة، ولأنه لم يدفع جميع الثمن إلا ليسلم له جميع المبيع، فكانت السلامة مشروطة في العقد دلالة؛ فكانت كالمشروطة نصّاً؛ فإذا فاتت المساواة كان له الخيار، كما إذا اشترى جارية على أنها بكر، أو على أنها طباحة؛ فلم يجدها كذلك... وكذا السلامة من مقتضيات العقد أيضاً، لأنه عقد معاوضة، والمعاوضات مبناها على المساواة

= المختار، ج ٢، ص ١٨، حيث قال: «وكل ما أوجب نقصان الثمن في عادة التجار؛ فهو عيب. السرخسي، المبسوط، ج ١٣، ص ١١٧؛ فقال: «العيب ما يعده التجار عيباً، أو يؤثر نقصاناً في المالية». وعرفه ابن رشد، بما يلي: «ما نقص عن الخلقة الطبيعية، أو عن الخلق الشرعي نقصاناً له تأثير في ثمن المبيع»، انظر: ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج ٥، ص ٣٥. وعرفه الشيرازي؛ فقال: «العيب الذي يرد به ما تنقص به المنفعة». انظر: الشيرازي، المذهب، ج ١، ص ٤٠٥. وانظر: الحسيني، كفاية الأخيار في حل غاية الأخيار، ج ١، ص ٢٥٢، حيث قال: «إن كل ما نقص العين، أو القيمة نقصاناً يفوت به غرض صحيح إذا غلب في جنس المبيع عدمه». وعرفه ابن قدامة؛ فقال: «العيوب هي النقائص الموجبة لنقص المالية، لأن المبيع إنما صار محلاً للعقد باعتبار صفة المالية، فما يوجب نقصاً فيها يعد عيباً»، انظر: ابن قدامة، المغني، ج ٤، ص ١١٠، فالعيب الذي يوجب الخيار فيما سبق، هو ما انقص من مالية المبيع، وأثر في قيمته.

(١) الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٤، ص ٥٤٣. الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، ج ٢، ص ١٨. ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج ٧، ص ١٢١. الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج ٢، ص ٤٢٨. الشيرازي، المذهب، ج ١، ص ٢٨٦.

عادة، وحقيقة، وتحقيق المساواة في مقابلة البدل بالمبدل، والسلامة بالسلامة؛ فكان إطلاق العقد مقتضياً للسلامة؛ فإذا لم يسلم المبيع للمشتري ثبت له الخيار^(١).

إذن، فالعيب يؤثر في لزوم العقد لا في حكمه، لأن مقتضى العقد يقتضي السلامة من العيوب؛ فلا يلزم مع وجودها.

وبذلك ثبت، أن موجب المعاوضة استحقاق صفة السلامة، لأن المبيع صار محلاً للعقد باعتبار صفة المالية فيه، وخلاف ذلك يمنع موجبها، ويثبت حق الفسخ للمشتري، لما يترتب على فقدانها من ضرر غير مستحق في أصل العقد.

أما العذر الطارئ، فيؤثر في الأغلب الأعم^(٢) في مالية العقد، وذلك بفوات المقصود المبتغى منه، وفقدان المساواة في مقابلة البدل بالمبدل، وتحمله ضرراً زائداً لم يستحقه بالعقد، مما يترتب عليه اختلال رضاه، لأن إرادته اتجهت ابتداءً إلى بذل ما طلب منه في سبيل حصوله على مقصده، ولم تتجه إلى استحقاق الضرر الزائد الذي لم يلتزمه في أصل العقد؛ فثبت بذلك عدم لزوم العقد، وثبوت حق الفسخ، رفعاً للضرر المترتب على العذر الطارئ عنه.

إذن؛ فالجامع بين العذر الطارئ والعيب^(٣)، الضرر، إذ المضي على موجب العقد بوجود سلعة معينة يلزم عنه ضرر؛ فجعل الشارع للمضروب حق الفسخ؛

(١) الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٤، ص ٥٤٣، ٥٤٤.

(٢) يقع العذر الطارئ على محل العقد، وهو المعقود عليه، وهو الأمر الذي يشترك فيه مع العيب، وعلى أشخاص العقد، ويفترق في ذلك عنه. وهو بذلك أوسع شمولاً من العيب. انظر: الدريني، النظريات الفقهية، ص ١٧٦.

(٣) خيار العيب في الإجارة يفارق البيع في أنه ينفرد بالرد بالعيب قبل القبض لا بعده، وفي الإجارة ينفرد المستأجر بالرد قبل القبض وبعده. انظر: ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج ٩، ص ٩١.

فإذا جعل الشارع لمشتري السلعة المعيبة حق الفسخ؛ فكذلك الحال بالنسبة للعدر الطارئ، لأن مناط الفسخ في الحالتين واحد؛ إذ المضي على موجب العقد بوجود العذر الطارئ يلزم عنه ضرر غير مستحق في أصل العقد، وهي ذات النتيجة؛ فيأخذ نفس الحكم.

المبحث السادس

شروط مبدأ العذر الطارئ في العقود وضوابط ومعايير

المطلب الأول

شروط تطبيق مبدأ العذر الطارئ

يتوقف تطبيق مبدأ العذر الطارئ على تحقق الشروط التالية:

الشرط الأول: أن يكون الالتزام الذي طرأ عليه العذر الطارئ ناشئاً عن عقد^(١)، أي التزام عقديّ تتحدد الواجبات الحقوقية بين المتعاقدين بموجبه، وينشئ مسؤولية تبادلية في أدائها.

ويشترط في هذا العقد حتى تسري عليه أحكام مبدأ العذر الطارئ، ما يلي:

أ- أن يكون عقد معاوضة^(٢)، أساسه التبادل في إنشاء الالتزامات بين طرفي العقد.

ويتوقف سريان مبدأ العذر الطارئ على عقد المعاوضة على أمرين:

(١) أي الرابطة التي تحدد الالتزام بين المتعاقدين، وهي رابطة عقدية، تمت بالإيجاب والقبول، ورتب بعد ذلك الشارع الآثار عليها.

(٢) انظر في حقيقة المعاوضة: ابن عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج ٣، ص ٢. الشرقاوي، حاشية الشرقاوي على تحفة الطلاب بشرح تنقيح اللباب، ج ٢، ص ٢١٩. التركماني، ضوابط العقد في الفقه الإسلامي، ص ٢٨٦. شلي، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي، ص ٥٦٧.

الأول: أن يكون عقداً مالياً محضاً^(١) يحتوي على العوض من الجانبين، سواء أكان مالا، أم منفعة.

ويستثنى من ذلك العقود المالية غير المحضة؛ لأن العوض ليس مقصوداً من الطرفين، وإنما من طرف دون طرف، ولذلك لا تعتبر قائمة على أساس المعاوضة^(٢).

الثاني: أن يكون ملزماً للطرفين، ومما يقبل الفسخ باتفاق أطرافه؛ لأن الفسخ لا يتصور إلا في العقود الملزمة للطرفين.

ومدار مبدأ العذر الطارئ هو سلب صفة اللزوم عن العقد في حالة طروء العذر الطارئ عليه، وهذا لا يكون إلا بالفسخ.

هذا، ويستثنى من تطبيقات مبدأ العذر الطارئ العقد الجائز، والعقد الموقوف، والعقد الذي يدخله الخيار، لأنها بطبيعتها تسوغ لأحد العاقدين، أو كليهما حق الفسخ بإرادة صاحب هذا الحق متى أراد الفسخ دون التوقف على رضا الطرف الآخر^(٣).

ب- أن يكون عقد مدة، حيث يتراخى تنفيذه عن وقت إبرامه، حتى يتم استيفاء المنفعة المعقود عليها في الفترة الزمنية التي تم التعاقد على أساسها؛ فالزمن في مثل هذه العقود يعتبر عنصراً أساسياً في أداء التزامات العقد.

(١) العقد المالي المحض: هو ما كان مقصود طرفيه المال حقيقة، أو حكماً. انظر: الزركشي، المنشور في القواعد، ج ٢، ص ١٢٦. قلعه جي، الموسوعة الفقهية الميسرة، ج ٢، ص ١٤١١.

(٢) الزركشي، المنشور في القواعد، ج ٢، ص ١٢٦. قلعه جي، الموسوعة الفقهية الميسرة، ج ٢، ص ١٤١١.

(٣) انظر من هذا البحث، ص (١٤٦-١٤٨).

قال الدريني: «فلا بد من وجود عقد يتراخى وقت تنفيذه عن وقت إبرامه ليتصور طروء العذر، أو الحادث بعد الإبرام، وقبل التنفيذ، أو أثناءه، مما يجعل تنفيذ الالتزام التعاقدي ضاراً ضرراً زائداً نتيجة للظرف الطارئ»^(١).

ولاضير أن يكون العقد من العقود الزمنية المستمرة، ذات التنفيذ المستمر، بحيث يعتبر الزمن جزءاً من الأداء نفسه، كعقد الإجارة، أو أن يكون من العقود الزمنية الدورية، ذات التنفيذ الدوري، بحيث يتكرر الأداء في مدة من الزمن، كعقد التوريد^(٢).

ويستثنى من ذلك العقود التي لا يحتاج تنفيذها إلى فترة زمنية، لأن استيفاءها يتم عند تكوين العقد من قبل المتعاقدين، وتنقضي آثارها مرة واحدة، وبالتالي لا يمكن تصور سريان مبدأ العذر الطارئ عليها. وتعرف هذه العقود بالعقود الفورية^(٣).

الشرط الثاني: أن يطرأ عذر طارئ بعد إبرام العقد، لم يكن في اعتبار العاقلين عند إنشائه، وينشئ عنه العجز عن المضي على موجهه^(٤).

ويستوي أن يكون العذر الطارئ عاماً يمس جماعة من الناس، مثل الخوف العام، من حرب أو فتنة، ونحو ذلك، أم خاصاً لاحقاً بشخص أي من

(١) الدريني، النظريات الفقهية، ص ١٥٠.

(٢) انظر من هذا البحث، ص (١٤٢-١٤٣). وانظر في طبيعة هذه العقود، النعيمي، نظرية الظروف الطارئة بين الشريعة والقانون، ص ٥٥، ٥٦.

(٣) انظر في حقيقة هذه العقود: الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج ١، ص ٥٨٣.

(٤) ذهب الأستاذ الدريني إلى أن من شروطه أن يكون ثمة حادث قد طرأ بعد إبرام العقد، لم يكن متوقعاً، ولا كان بالوسع توقعه، كما لا يمكن دفعه، والتحرز منه. انظر: الدريني، النظريات الفقهية، ص ١٥٠، فنص هذا الشرط يوحى أنه مشتق من شروط نظرية الظروف الطارئة بالقانون الوضعي، وإن كان يصدق في بعض منه على مبدأ الجائحة.

المتعاقدين، بحيث يقع أثره على أشخاص العقد دون غيرهم، سواء أكان مادياً أم معنوياً أم بدنياً^(١).

وكذلك، يستوي أن يكون العذر الطارئ متوقعاً من قبل الدائن، أو المدين؛ لأنه ينشئ في بعض الأحيان عن إرادة أي منهما، أم غير متوقع من قبلهما، وينشئ من غير اختيارهما وإرادتهما.

وكذلك، يستوي أن يكون العذر الطارئ ممكن الدفع، والاحتراز منه، كما في تغيير محل الإقامة، أو الحرفة، أم غير ممكن الدفع، والاحتراز منه، كما في حالة المرض.

الشرط الثالث: أن يحدث ضرر زائد نتيجة للعذر الطارئ، لا نتيجة للالتزام نفسه، وملازم حدوثه لتنفيذ موجب العقد، بحيث لا يمكن الانفكاك عنه في الأعم الأغلب^(٢).

ويستوي أن يكون الضرر مادياً اقتصادياً يخل بالتوازن بين الالتزامات الناشئة عن العقد، أو شخصياً يؤثر على أشخاص العقد بدنياً، أو معنوياً، بحيث يمس الاعتبار الإنساني، أو شرعياً يمنع الشارع نفسه من تنفيذ العقد لطوء هذا الظرف^(٣).

هذا، والظرف الذي يوجب الفسخ في مبدأ العذر الطارئ ما أوجب ضرراً زائداً لم يكن مستحقاً في أصل العقد، وغير ناشئ عن فعل الدائن أو المدين، وإنما خارج عن نطاق العقد، مما يحول بين المتعاقد ومقصوده من العقد.

(١) الدريني، النظريات الفقهية، ص ١٥٠.

(٢) الدريني، النظريات الفقهية، ص ١٥٠.

(٣) الدريني، النظريات الفقهية، ص ١٥٠، ١٥١.

المطلب الثاني

ضوابط مبدأ العذر الطارئ، ومعايير

يرتكز مبدأ العذر الطارئ في الفقه الحنفي على ضابط رئيس، وهو الضرر الزائد الناشئ عن الظرف الطارئ، وليس مستحقاً بنفس العقد^(١)؛ لأنه غير ناشئ عن ذات الالتزام، وإنما ناشئ عن أمر خارج عن نطاق التعاقد، مما نتج عنه عجز المتعاقد عن المضي في موجب العقد إلا بلزومه، وفوات مقصود العقد، ومن شأنه أن يدخل النقص على أحد المتعاقدين، وهو من وقع العذر في جانبه، ويسلبه الرضى، ويخرج إرادته عن مضمونها، وغايتها؛ فكان موجب ذلك الفسخ في نظر فقهاء الحنفية، لأن الإبقاء على العقد، وإثبات اللزوم فيه، عند تحقق العذر من غير استيفاء المنفعة إضرار به ضرراً لم يلتزمه بالعقد^(٢).

إذن، كل ضرر لا يتمكن صاحب العذر معه من الإيفاء بالعقد إلا بتحقيقه، وجب الفسخ. قال ابن عابدين: «كل فعل هو سبب نقص المال، أو تلفه؛ فهو عذر لفسخه»^(٣). وقال في موضع آخر: «إن كل عذر لا يمكن معه استيفاء المعقود عليه إلا بضرر يلحقه في نفسه، أو ماله يثبت له حق الفسخ»^(٤).

والضرر الزائد أعم من أن يكون مادياً يقتصر على محل العقد، ومتعلقه من اقتصاديات العقد الناشئة عنه، وغير ذلك من الأضرار المادية التي تتصل به، بل يشمل أشخاص العقد، وما يقع عليهم من أضرار بدنية، أو معنوية، وكل ما يمس اعتبارهم الشخصي، وما منع الشارع نفسه من تنفيذه لاعتبارات شرعية.

(١) الطوري، تكملة البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج ٨، ص ٦٥.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٤، ص ٥٣، ٥٤.

(٣) ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج ٩، ص ٩٧.

(٤) ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج ٩، ص ٩٥.

ويظهر مما سبق أن اعتبار هذا الضابط يتوقف على أمرين:

الأول: أن يكون الضرر غير في أصل العقد^(١)، وليس ناشئاً عن ذات الالتزام، وإنما نتيجة للظرف الطارئ الذي احتف بالعقد، وترتب عليه هذا الضرر.

ومفاد ذلك ما يلي^(٢):

١- أن الضرر النادر الذي لا يؤثر في الحقوق العقدية بين المتعاقدين، ولا يغير من الالتزامات التي تم الاتفاق عليها، لا عبء فيه.

٢- أن الضرر الناتج عن ذات الالتزام، والمستحق في أصل العقد، لا عبء فيه، لأن العقد نشأ على أساسه، وتم التراضي عليه ابتداءً.

الثاني: أن يؤدي إلى الإخلال بالالتزامات الواردة في العقد، سواء كان ذلك عن طريق المساس باقتصاديات العقد، أو أطراف العقد؛ فالعبء فيه أن يكون مؤثراً في وقوعه بغض النظر عن نوع الضرر الذي يسببه.

(١) الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج ٤، ص ٥٣.

(٢) إن سائر تصرفات الإنسان كلها كلفة في هذه الدنيا، ولكن جعل له القدرة على أدائها، بحيث تكون تلك التصرفات تحت قهره. ومعلوم أن مجرد التكليف يستلزم المشقة، والشارع عالم بلزوم المشقة من غير انفكاك. لذا فالمشقة المعتبرة في التكليف هي ما كانت خارجة عن معتاد المشقات في الأعمال العادية، حتى يحصل بها فساد، ومقصود الشارع في مثل هذا النوع الرفع. أما إذا لم تكن خارجة عن المعتاد، وإنما وقعت على نحو ما تقع المشقة في مثلها من الأعمال العادية؛ فهذه ليست مقصودة الرفع، لأن كل عمل عادي، أو غير عادي يستلزم تبعاً، وتكليفاً على قدره قلّ أو جلّ. ولكن كل عمل في نفسه له مشقة معتادة فيه توازي مشقة مثله من الأعمال العادية. انظر الشاطبي، الموافقات، ج ٢، ص ٢١٤، ٢١٦، ٢٦٨، ٢٦٩. وبناء على النظر الأصولي عند الإمام الشاطبي يمكن تصور الحال في العقد؛ لأن العقد ما هو إلا تكليف، وكل تكليف له مشقة تناسبه، وذلك لا يقدح في اعتباره، لأنه في مجرى العادات معتاد.

وينبغي على الأمر الثاني ضابط ثانوي، وهو تعذر استيفاء المنفعة المقصودة من العقد، لما يترتب على الاستيفاء عندئذ من تفاوت في الالتزامات بين صاحب العذر، والدائن.

ومعيار الضرر الفاحش يقوم على أساس إقامة الموازنة بين ما يجنيه صاحب العذر من مصلحة، وما يلزم عنه من ضرر، وذلك يأتي على معيارين:

المعيار الأول: المعيار الموضوعي، وهو معيار مادي يقتصر نظره على محل العقد، ويتمثل ذلك في عدم إمكان صاحب العذر من استيفاء منفعة العقود عليه إلا بضرر اقتصادي ومالي^(١)، وهذا يتبين عند إجراء الموازنة بين ما يعود عليه من مصلحة، وما يلزم عن العذر الطارئ من ضرر؛ فيرى أن هنالك تفاوتاً ما بين المصلحة المتوخاة، والضرر اللازم عنه، والأخيرة تربو على المصلحة.

ويمكن الوقوف على ذلك من خلال تعبير فقهاء الحنفية عن هذا المعيار بقولهم: «ثم بدا له»؛ فيقال بدا لي في هذا الأمر بدءاً، أي تغير رأيي عما كان عليه، وظهر له رأي غير الأول منعه من المضي على موجب العقد، وذلك لا يكون إلا بعد إقامة الموازنة بين الأمرين حتى يترجح له أحدهما، ويتبين له أن المضرة تربو على المصلحة، وذلك كمن استأجر رجلاً ليهدم له داراً، أو يقطع شجراً له، أو ليقلع ضرساً له، ونحو ذلك، ثم بدا له أن لا يفعل ذلك لما فيه من ضرر يلحقه في ملكه، أو بدنه، ومعلوم أن الاستئجار كان لمصلحة تأملها تربو على المضرة، وما بدا له بعد الموازنة أنه لا مصلحة فيه، وإنما هو ضار بنفسه^(٢).

(١) الدريني، النظريات الفقهية، ص ١٥٠. الثلب، الظروف الطارئة وأثرها على الالتزام العقدي في الفقه الإسلامي، ص ١٦١.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٤، ص ٥٤. ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج ٩، ص ٩٧. العيني، البناية شرح الهداية، ج ١٠، ص ٣٤٩.

ومن جانب آخر يمكن تصور هذا المعيار من خلال أصل النظر في المآل، وهو ما استند إليه فقهاء الحنفية في بناء أساس مشروعية مبدأ العذر الطارئ في عقود المعاوضات المالية، وهذا الأصل يقوم في فكرته الأساسية على تكييف التصرف من جديد في ضوء الظروف المحيطة به^(١).

وهذا لا يكون إلا بعد عقد الموازنة بين ظروف العقد في الحالتين، ثم يرجح الغالب فيهما، وفي العذر الطارئ يترجح الضرر الزائد، لأنه يربو على المصلحة المتوخاة من العقد.

فمآل العقد في حالة المضي على موجب في ظل الظروف الطارئ يتنافى ومقصد الشارع من تشريع العقود في الفقه الإسلامي؛ لأنه يتنافى مع الأصل العام للشرعية؛ فالعقود لم تشرع وسائل إلى تلك الأضرار الزائدة.

المعيار الثاني: المعيار الشخصي، وهو معيار ينظر إلى شخص المتعاقد نفسه لمعرفة مدى ما أصابه شخصياً من ضرر بدني، أو معنوي^(٢)، مما يعجز معه عن الوفاء بالعقد، لما يترتب على طروئه من آثار تمس اعتباره الإنساني، وتخل بكرامته، وسلامة النفس، وهي لا تقل جساماً من حيث الاعتبار في نظر الشرع عن الضرر المادي الذي يخل بالمعقود عليه، وذلك كمن يؤجر نفسه في عمل، وكان ذلك العمل ليس من صناعته، وإنما أسلم نفسه فيه، وكان مما يعاب به، ثبت له حق الفسخ، دفعاً له^(٣)، ونحو ذلك مما يتصل اعتباره بأشخاص العقد.



(١) الدريني، النظريات الفقهية، ص ١٧٤.

(٢) الثلب، الظروف الطارئة وأثرها على الالتزام العقدي في الفقه الإسلامي، ص ١٦٠.

(٣) الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٤، ص ٥٥، ٥٦.

الفصل الثاني تطبيقات العذر الطارئ في عقود المعاوضات المالية

- المبحث الأول: أثر العذر الطارئ في عقد الإجارة
- المبحث الثاني: أثر العذر الطارئ في عقد المزارعة
- المبحث الثالث: أثر العذر الطارئ في عقد المساقاة
- المبحث الرابع: أثر العذر الطارئ في عقد المقاوله
(الاستصناع، والإجارة على عمل)
- المبحث الخامس: أثر العذر الطارئ في عقد التوريد

المبحث الأول أثر العذر الطارئ في عقد الإجارة

المطلب الأول تعريف الإجارة

الفرع الأول: تعريف الإجارة لغة :

الإجارة مأخوذة من أَجَرَ يَأْجِرُ، وهو ما أعطيت من أجر في عمل، والأجرُ: الجزء على العمل؛ فيقال: استأجرته، وأجرته؛ فأَجَرَنِي: صار أجيري. والاسم منه الإجارة، والأجرة: الكراء، وأجرته الدار: أكريتها، والأجرة، والإجارة، والأجارة: ما أعطيت من أجر^(١).

قال ابن فارس: «أجر: الهمز والجيم والراء أصلان يمكن الجمع بينهما بالمعنى؛ فالأول: الكراء على العمل، والثاني: جَبَر العظم الكسير»^(٢).

الفرع الثاني: تعريف الإجارة اصطلاحاً :

ورد حدُّ الإجارة في الاصطلاح الفقهي على مذاهب شتى، وذلك بين موسع في قيوده، وآخر مضيق فيه، إلا أنه كان هنالك قدر متفق عليه، وهو:

(١) ابن منظور، لسان العرب، ج ١، ص ٧٧، ٧٨. ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، ج ١، ص ٦٣.

الفيروزآبادي، القاموس المحيط، ص ٣٠٨، ٣٠٩. الفيومي، المصباح المنير، ج ١، ص ٥.

(٢) ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، ج ١، ص ٦٢.

«عقد يرد على منفعة بعوض»^(١)؛ فهو قدر متفق على اعتباره في الحدّ الشرعي للإجارة، وما عدا ذلك كان على التفاوت في اعتباره.

وأبين دلالات هذه الاصطلاحات^(٢) من حيث الشمول في قيوده لمحتزمات تعريف الإجارة، ما ذهب إليه فقهاء الشافعية من أنها: «عقد على منفعة مقصودة معلومة قابلة للبذل والإباحة بعوض معلوم»^(٣).

(١) العيني، البناية شرح الهداية، ج ١٠، ص ٢٢١. نظام وآخرون، الفتاوى الهندية، ج ٤، ص ٤٥٩. الدردير، الشرح الصغير، بهامش بلغة السالك، للصاوي، ج ٣، ص ٤٦٦، ٤٦٧. الآبي، جواهر الإكليل، ج ٢، ص ١٨٤. الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج ٥، ص ٢٦١. ابن السيد، إعانة الطالبين، ج ٣، ص ١٩. البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، ج ٣، ص ٥٤٦. المرادوي، الإنصاف، ج ٦، ص ٣.

(٢) وردت الإجارة في اصطلاح الفقهاء على النحو الآتي: وردت في اصطلاح فقهاء الحنفية، بأنها: «عقد يرد على المنافع بعوض»، وبلغت آخر: «بيع منفعة معلومة بأجر معلوم». انظر: السمرقندي، خزانة الفقه وعيون المسائل، ج ١، ص ٣٠٨. نظام وآخرون، الفتاوى الهندية، ج ٤، ص ٤٥٩. الزيلعي، تبين الحقائق، ج ٦، ص ٧٧. السرخسي، المبسوط، ج ١٥، ص ٨٢. المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدي، ج ٣، ص ٢٢٧.

وفي اصطلاح المالكية: «تملك منفعة معلومة بعوض معلوم»، ولفظ آخر: «بيع منافع معلومة بعوض معلوم». وأطلق فقهاء المالكية على العقد على منافع الآدمي، إجارة، وعلى منافع غير الآدمي، كراء. وقد يطلق أحدهما على الآخر. انظر: الآبي، جواهر الإكليل، ج ٢، ص ١٨٤. المنوفي، كفاية الطالب الرباني، ج ٣، ص ٣٨٩. الدردير، الشرح الكبير، مطبوع بهامش حاشية الدسوقي، ج ٤، ص ٢، الخطاب، مواهب الجليل، ج ٧، ص ٤٩٣. التسولي، البهجة في شرح التحفة، ج ٢، ص ٢٢٥. الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك، ج ٣، ص ٤٦٦.

وفي اصطلاح فقهاء الحنابلة: «عقد على منفعة مباحة معلومة، مدة معلومة من عين معينة، أو موصوفة في الذمة، أو عمل معلوم بعوض معلوم». انظر: الحجاوي، الروض المربع، ج ٢، ص ٢١٤. ابن النجار، منتهى الإرادات، ج ٣، ص ٦٤. الرحيباني، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، ج ٣، ص ٥٧٩، ٥٨٠.

(٣) الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، ج ٣، ص ٤٣٨. الحصني، كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار، ج ١، ص ٣٠٩.

المطلب الثاني

صفة عقد الإجارة

اختلف الفقهاء في صفة عقد الإجارة من حيث اللزوم وعدمه، على قولين:
القول الأول: ذهب الحنفية^(١)، والمالكية^(٢) والشافعية^(٣) والحنابلة^(٤) إلى أن
عقد الإجارة إذا وقع خالياً من خيار الشرط، والرؤية، والعيب، أصبح لازماً
من طرفي العقد (المؤجر والمستأجر).

استدل الجمهور لقولهم بلزوم عقد الإجارة بالأدلة التالية:

- ١- إن عقد الإجارة عقد معاوضة قائم على تمليك المنفعة بعوض؛ فكان لازماً
من الجانبين، كالبيع^(٥).
- ٢- إن اللزوم أصل في المعاوضات، لأنه في المعاوضات يجب النظر من الجانبين،
ولا يعتد النظر بدون صفة اللزوم^(٦)، وعقد الإجارة لا يقوم إلا بذلك.

(١) الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٤، ص ٥٨. السرخسي، المبسوط، ج ١٦، ص ٣. الزيلعي، تبين
الحقائق، ج ٦، ص ١٦٠. نظام وآخرون، الفتاوى الهندية، ج ٤، ص ٢٦٢.

(٢) ابن عرفة، حاشية الدسوقي، ج ٤، ص ٣. ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج ٥،
ص ١٥٠. ابن رشد، المقدمات الممهدات، ج ٢، ص ٦٢٢. ابن نصر، المعونة على مذهب عالم
المدينة، ج ٢، ص ١٠١.

(٣) الشيرازي، المهذب، ج ١، ص ٤٠٠. ابن الفراء، التهذيب في فقه الإمام الشافعي، ج ٤،
ص ٤٤٧. الماوردي، الحاوي الكبير، ج ٧، ص ٣٩٢.

(٤) البهوتي، كشاف القناع، ج ٤، ص ٢٣. ابن قدامة، الكافي، ج ٢، ص ٢٠٨. الرحيباني، مطالب
أولي النهي في شرح غاية المنتهى، ج ٣، ص ٦٥٥.

(٥) الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٤، ص ٥٨. الزيلعي، تبين الحقائق، ج ٦، ص ١٦٠. الشيرازي،
المهذب، ج ١، ص ٤٠٠. ابن قدامة، المغني، ج ٥، ص ٢٧٠. الرحيباني، مطالب أولي النهي في
شرح غاية المنتهى، ج ٣، ص ٦٥٥. النونخي، المتع في شرح المقنع، ج ٣، ص ٤٧٠.

(٦) السرخسي، المبسوط، ج ١٥، ص ٨٨.

القول الثاني: ذهب شريح^(١)، وابن أبي ليلى^(٢)، إلى أن عقد الإجارة عقد جائز، غير لازم^(٣).

استدلوا لمذهبهم بالأدلة التالية:

١- إنَّ الإجارة عبارة عن إباحة المنفعة؛ فأشبهت الإعارة^(٤).

ويجاب عنه: أنه قياس مع الفارق، لأن إباحة المنفعة في الإجارة تكون بعوض، أما إباحة المنفعة في العارية فتكون بغير عوض؛ فافترقا.

٢- إنَّ عقد الإجارة أجزى للضرورة، كالعارية، ولا حاجة إلى إثبات صفة اللزوم له^(٥).

ويجاب عنه: بأن كون عقد الإجارة أجزى للحاجة لا يدل على عدم اللزوم؛ فعقد السلم أجزى للحاجة، ويلزم إذا وقع، بخلاف العارية؛ فإنها عقد تبرع؛ فلا يلزم^(٦).

(١) شريح هو: شريح بن الحارث بن قيس بن الجهم بن معاوية الكندي، أبو أمية الكوفي، القاضي، ثقة. انظر: ابن حجر، تقريب التهذيب، ج ١، ص ٣٤٩. ابن حجر، تهذيب التهذيب، ج ٤، ص ٢٩٧، ٢٩٨.

(٢) ابن أبي ليلى هو: محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى، قاضي الكوفة، ولد سنة أربع وسبعين، ومات سنة ثمان وأربعين ومائة، وهو ابن اثنتين وسبعين سنة، وتفقه بالشعبي، والحكم بن عيينة، وأخذ عنه الفقه سفيان الثوري، والحسن بن صالح، انظر: الشيرازي، طبقات الفقهاء، ص ٨٥.

(٣) الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٤، ص ٥٨. الزيلعي، تبين الحقائق، ج ٦، ص ١٦٠. الشلي، حاشية الشلي، مطبوع بهامش تبين الحقائق، ج ٦، ص ١٦٠. العيني، البناية شرح الهداية، ج ١٠، ص ٣٤٧.

(٤) الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٤، ص ٥٨. العيني، البناية شرح الهداية، ج ١٠، ص ٣٤٧.

(٥) الزيلعي، تبين الحقائق، ج ٦، ص ١٦٠.

(٦) الزيلعي، تبين الحقائق، ج ٦، ص ١٦٠.

القول الراجح:

ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من أن عقد الإجارة عقد لازم؛ لأنه من عقود المعاوضات، وعقود المعاوضات لا تستقر إلا باللزم، وذلك حتى يتم استيفاء مقصود العقد من الطرفين، والقول بخلاف ذلك يزعزع الوظيفة المناطة بها.

ومن جانب آخر، فإن ما استدل به شريح وابن أبي ليلى من أن الإجارة شبيهة بالعارية، لا يمكن القول به، إذ الإجارة تقوم على تملك المنفعة بعوض، أما في العارية فتملك المنفعة دون عوض.

المطلب الثالث

أثر العذر الطارئ في عقد الإجارة

الفرع الأول: تحرير محل الخلاف بين الفقهاء :

يرد أثر العذر الطارئ على عقد الإجارة من جانبين:

الأول: محل العقد، بحيث يقع تأثيره على المنفعة المعقود عليها.

الثاني: طرفا العقد، بحيث يقع تأثيره على المؤجر، أو المستأجر، أو كليهما، مع سلامة محل العقد من ذلك الأثر.

هذا، ولم يكن أثر العذر الطارئ على صفة اللزوم بالنسبة للأمرين موضع اتفاق بين الفقهاء على حدٍ سواء، وخاصة في مجال التطبيق، حيث يلحظ بعض نقاط الاتفاق بينهم فيما يتعلق بمحل العقد على وجه الخصوص، ونقاط اختلاف في البعض الآخر، خاصة إذا كان متعلقه طرفي العقد، وذلك على حسب ما تقتضيه الأصول في كل مذهب، وبيان ذلك على النحو الآتي:

١- اتفق الفقهاء من الحنفية^(١)، والمالكية^(٢)، والشافعية^(٣)، والحنابلة^(٤)، على أن التعذر الشرعي يوجب الانفساخ في عقد الإجارة في حالة فوات المنفعة شرعاً، وذلك كمن استأجر طبيباً، أو غرفة عمليات في مستشفى لإجراء عملية جراحية لاستئصال عضو من أعضائه؛ فبرأ العضو.

فالمانع في هذه الحالة، وغيرها، مانع شرعي، منع من استيفاء المنفعة المعقود عليها، وفواتها هنا، كالفوات الحسي في اقتضاء الانفساخ لتعذر المنفعة من المعقود عليه، لأن إتلاف جزء من الإنسان محرم في الأصل، وإنما أبيح إذا صار بقاءه ضاراً به، وذلك مفوض إليه إذا كان أهلاً لذلك، ولأن الأصل عدم نفوذ تصرف غير الإنسان عليه إلا للضرورة، وانعدمت هنا.

٢- ذهب فقهاء الحنفية^(٥)، والمالكية^(٦)، والحنابلة^(٧)، والظاهرية^(٨)، والرويانى^(٩)، والماوردي^(١٠) من فقهاء الشافعية إلى أن العذر العام الحادث من

(١) السرخسي، المبسوط، ج١٦، ص٣٠. العيني، البناية شرح الهداية، ج١٠، ص٣٤٨.

(٢) الخرشي، حاشية الخرشي، ج٧، ص٣٧٠. القرافي، الذخيرة، ج٦، ص٥٤٠، ٥٤١.

(٣) النووي، روضة الطالبين، ج٤، ص٣١٨. الرملي، نهاية المحتاج، ج٥، ص٣١٦.

(٤) البهوتي، كشف القناع، ج٤، ص١٤، ٢٧. الرحيباني، مطالب أولي النهى، ج٣، ص٦٣٥.

(٥) السرخسي، المبسوط، ج١٦، ص٥. الشلي، حاشية الشلي، مطبوعة بهامش تبين الحقائق، ج٦، ص١٦٣.

(٦) التسولي، البهجة في شرح التحفة، ج٢، ص٢٥٤. الزرقاني، شرح الزرقاني على مختصر خليل، ج٥، ص١٩٦. الخطاب مواهب الجليل، ج٦، ص٤٦٥. القرافي، الذخيرة، ج٦، ص٥٣٨.

(٧) ابن قدامة، المغني، ج٥، ص٢٧٥. البهوتي، إرشاد أولي النهى لدقائق المنتهى، ج٢، ص٨٤١. أبو القاسم، الواضح في شرح مختصر الخرقي، ج٣، ص١١٧.

(٨) ابن حزم، المحلى، ج٨، ص١٨٧.

(٩) الشربيني، مغني المحتاج، ج٣، ص٤٨٤.

(١٠) الماوردي، الحاوي الكبير، ج٧، ص٤٤٠.

أمر غالب، كخوف عام، أو فتنة، ونحوها يوجب الفسخ إذا حجر المستأجر عن استيفاء منفعة المعقود عليه، إذ العذر في مثل هذه الحالة منعه من استيفاء حقه، وهذا يثبت خيار الفسخ.

وذهب الشافعية^(١) إلى أن الأمر الغالب الحادث على عقد الإجارة لا يوجب خيار الفسخ للمستأجر، إذ توجب أصول المذهب أن يقع العذر على محل العقد، وهو المعقود عليه، بحيث يمنع من استيفائها، وهذه الحالة لا يتحقق بحدوثها خلل في المعقود عليه، لأنه باقٍ، والتعذر حصل لأمر آخر لا يوجب الفسخ.

٣- ذهب الحنفية في القول الصحيح^(٢)، والمالكية^(٣)، والشافعية في القول الراجح^(٤)، والحنابلة في الرواية الراجحة^(٥) إلى أن الفوات الكلي لمحل العقد

(١) الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج ٥، ص ٣١٥، ٣١٦. البكري، حاشية إعانة الطالبين، ج ٣، ص ١٢٠.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٤، ص ٥٢. داماد أفندي، مجمع الأنهر، ج ٣، ص ٥٥٤. الزيلعي، تبين الحقائق، ج ٦، ص ١٥٧. هذا، وقد فرق الحنفية بين السفينة وبين البيت؛ ففي السفينة إذا أنقضت، وصارت الواحاً ثم بناها المؤاجر أنه لا يجبر على تسليمها إلى المستأجر. ووجه الفرق: أن العقد في السفينة قد انفسخ حقيقة، لأن الأصل فيها الصناعة، وهي التركيب والألواح تابعة للصناعة، بدليل أن من غصب خشبة؛ فعملها سفينة، ملكها، وانقطع حق المالك؛ فكان تركيب الألواح بمنزلة اتخاذ سفينة أخرى؛ فلم يجبر على تسليمها إلى المستأجر، بخلاف الدار، فعرصة الدار ليست بتابعة للبناء، بل العرصة فيها أصل؛ فإذا بناها فقد بنى تلك الدار بعينها فيجبر على التسليم.

(٣) الخرشي، حاشية الخرشي، ج ٧، ص ٢٦٩. ابن نصر، المعونة على مذهب عالم المدينة، ج ٢، ص ١٠٢. آل مبارك، تبين المسالك شرح تدريب المسالك إلى أقرب المسالك، ج ٤، ص ٢١٤.

(٤) النووي، روضة الطالبين، ج ٤، ص ٣١١، ٣١٢. أبو يحيى زكريا، أسنى المطالب شرح روضة الطالب، ج ٥، ص ٢٤٦. الرملي، نهاية المحتاج، ج ٥، ص ٣١٦.

(٥) البهوتي، كشف القناع، ج ٤، ص ٢٧. ابن تيمية، بلغة الساعب وبغية الراغب، ص ٢٣٢. المرداوي، الإنصاف، ج ٦، ص ٣١. الرحيباني، مطالب أولي النهى، ج ٣، ص ٦٥٩.

يوجب انفساخ العقد بين المتعاقدين، وذلك كانهدام الدار المؤجرة، أو تحطم السيارة، ونحو ذلك.

فكل ما يؤدي إلى فوات المنفعة بالكلية حساً عقب العقد من طوارئ يتمتع معها استيفاء المنفعة من العين المؤجرة، انفسخ العقد بها، لأن المنفعة المطلوبة من الدار، وغيرها، قد بطلت بالفوات، إذ المطلوب منها الانتفاع بالسكنى، وقد بطل ذلك بهلاك المعقود عليه؛ فينفسخ العقد^(١).

وكذلك؛ فإن امتناع استيفاء المنافع لا يلزم معه الأجرة؛ فالعوض لا يستحق إلا بتسليم المنافع، كالأعيان^(٢).

وذهب الحنفية في قول^(٣)، والشافعية في القول المرجوح^(٤)، والحنابلة في رواية^(٥) إلى أن فوات محل العقد لا يثبت حق الفسخ للمستأجر.

ووجه ذلك أن المنفعة في الدار بعد الانهدام غير فائتة من كل وجه، إذ أصل الموضع يسكن بعد انهدام البناء، ويتأتى فيه السكن، بأن يضرب فيه خيمة؛ فلم يفت المعقود عليه رأساً؛ فلا ينفسخ العقد، على أنه إذا فات كله لكنه فات على وجه يتصور عوده، فهذا يكفي لبقاء العقد، كمن اشترى عبداً فأبقي قبل القبض^(٦).

(١) الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٤، ص ٥٢. ابن قدامة، المغني، ج ٥، ص ٢٧٣.

(٢) ابن نصر، المعونة على مذهب عالم المدينة، ج ٢، ص ١٠٢.

(٣) الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٤، ص ٥٢. الزيلعي، تبين الحقائق، ج ٦، ص ١٥٧. العيني، البناية شرح الهداية، ج ١٠، ص ٣٤٢.

(٤) الماوردي، الحاوي الكبير، ج ٧، ص ٣٩٩.

(٥) المرداوي، الإنصاف، ج ٦، ص ٣٢. التنوخي، المتع في شرح المقنع، ج ٣، ص ٤٧٤. ابن قدامة، المغني، ج ٥، ص ٢٧٤.

(٦) الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٤، ص ٥٢. الزيلعي، تبين الحقائق، ج ٦، ص ١٥٧. العيني، البناية شرح الهداية، ج ١٠، ص ٣٤٢.

والصحيح أن العقد ينفسخ، لأن المنفعة المطلوبة من الدار قد بطلت، وضرب الخيمة في الدار ليس بمنفعة مطلوبة من الدار عادة؛ فلا يعتبر بقاءه بقاء للعقد، وهذا جانب، ومن جانب آخر؛ فإن العرصه، أو الخيمة ليست داراً من كل وجه، ولا منفعتها منفعة دار وإنما هي أرض^(١).

٤- ذهب الحنفية^(٢)، والمالكية^(٣)، والشافعية^(٤)، والحنابلة في رواية، وهي المذهب^(٥)، إلى أن الفوات الجزئي لمحل العقد يثبت خيار الفسخ للمستأجر؛ فيخير بين الفسخ، والإمضاء؛ فإن اختار فسخ العقد، كان له ذلك، وإن اختار إمضاء العقد؛ فعليه جميع الأجر، لأن ذلك عيب؛ فإذا رضي به سقط حكمه.

فكل ما ينقص منفعة العين المستأجرة جزئياً، هو سبب للخيار، وذلك بأن يؤثر النقصان على الانتفاع منها، ويترتب عليه التفاوت في الأجرة، كمرض العين المستأجرة، من دابة، أو خادم، ونحو ذلك، أو وقوع الخلل في الأبنية المستأجرة، من انهدام بعض دعائمها، وسقوط بعض من جدرانها، أو اعوجاجها، ونحو ذلك مما يخل بالانتفاع من العين المستأجرة.

هذا، وإذا كان النقصان لا يوجب الخلل في الانتفاع من العين المستأجرة، كسقوط شعر الخادم، أو ذهاب إحدى عينيه؛ فلا يثبت له خيار الفسخ.

(١) الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٤، ص ٥٢. الماوردي، الحاوي الكبير، ج ٧، ص ٣٩٩.

(٢) داماد أفندي، مجمع الأنهر، ج ٣، ص ٥٥٤. العيني، البناية شرح الهداية، ج ١٠، ص ٣٤١.

(٣) القرافي، الذخيرة، ج ٦، ص ٥٣١. ابن نصر، المعونة على مذهب عالم المدينة، ج ٢، ص ١٠٢.

(٤) الرملي، نهاية المحتاج، ج ٥، ص ٣١٦. أبو يحيى زكريا، أسنى المطالب شرح روضة الطالب، ج ٥، ص ٤٤٣، ٤٤٤.

(٥) البهوتي، كشف القناع، ج ٤، ص ٢٣، ٢٤. المرداوي، الإنصاف، ج ٦، ص ٦٢. وقيل: إنه يملك الإمساك مع الأرض.

وذهب الشافعية إلى أن المؤجر لو بادر إلى الإصلاح، وكان المحل قابلاً للإصلاح في الحال سقط خيار المستأجر بالفسخ^(١).

٥- ويتحدد مما سبق موطن الخلاف بين الفقهاء، وهو هل مطلق العذر الطارئ في عقود المعاوضات المالية يوجب الفسخ، أم لا ؟

ويبرز ذلك على وجه الخصوص فيما يتعلق بـ «طرفي العقد»؛ المؤجر والمستأجر، الأمر الذي أظهر مدى اتساع الخلاف بين الفقهاء في الأخذ بمبدأ العذر الطارئ في الفقه الإسلامي.

الفرع الثاني: سبب الخلاف بين الفقهاء :

منشأ الخلاف بين الفقهاء في حكم فسخ عقد الإجارة بالعذر الطارئ مرجعه النظرة المذهبية حسب أصول كل مذهب إلى عقد الإجارة؛ فهل المنافع في حكم الأعيان الموجودة، أم ليست كذلك ؟

إن أصول مذهب الحنفية والمالكية تقتضي أن المنافع ليست كالأعيان، وإنما هي أعراض معدومة تحدث شيئاً فشيئاً عند الاستيفاء، وذلك بناء على أصلهم في تكييف مشروعية عقد الإجارة^(٢)؛ ففي نظرهم ينعقد بين المتعاقدين للحال، وتنعقد منافعه شيئاً فشيئاً في حق الحكم، وهو الملك على حسب حدوث المنفعة، لأن المعقود عليه، وهو المنافع معدومة؛ فحكمها يظهر عند وجودها، لذا أقيمت

(١) النووي، روضة الطالبين، ج ٤، ص ٣٠٩.

(٢) قال الكاساني: «الإجارة بيع المنفعة، والمنافع للحال معدومة، والمعدوم لا يحتمل البيع؛ فلا يجوز إضافة البيع إلى ما يؤخذ في المستقبل، كإضافة البيع إلى أعيان تؤخذ في المستقبل؛ فإذا لا سبيل إلى تجويزها لا باعتبار الحال ولا باعتبار المآل، فلا جواز لها رأساً، لكن استحساناً الجواز». انظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٤، ص ١٤.

العين المستأجرة مقام المنفعة في حق إضافة العقد إليها ليرتبط بالإيجاب بالقبول، فعمله يظهر في المنفعة ملكاً واستحقاقاً حال وجودها^(١).

قال السرخسي: «ولا وجه أن يقال إن المنافع تحدث في المدة تجعل موجودة حكماً، لأنه إنما يقدر الشيء حكماً إذا كان يتصور حقيقة كما فيما استشهدوا به فإن الحي يتصور فيه الموت، والميت يتصور فيه الحياة ولا تصور لوجود المنافع التي تحدث في المدة جملة فلا يجوز أن يقدر حكماً؛ فأما جواز العقد ليس باعتبار أن المنفعة تجعل موجودة حكماً، وكيف يقال هذا، والموجود من المنفعة حقيقة لا يقبل العقد؛ فإن المنفعة عرض لا يتصور بقاؤها وقتين، والتسليم بحكم العقد يكون عقيبه، والجزء الموجود حقيقة لا بقاء له ليسلم عقيب العقد وما لا يتصور فيه التسليم بحكم العقد لا يكون محلاً لعقود المعاوضات؛ فلو جعلناها كالموجودة حقيقة لم تقبل العقد»^(٢).

أما أصول الشافعية والحنابلة فتقتضي بأن المنافع في منزلة الأعيان الموجودة حكماً، إذ العقد عليها كالعقد على العين، لأن المنفعة وإن كانت معدومة عند العقد حقيقة إلا أنها جعلت بحكم الموجود حكماً، إيفاء بمتطلبات العقد، وهو المحل الذي ينعقد فيه^(٣).

(١) الطوري، تكملة البحر الرائق، ج٧، ص٥١١. نظام وآخرون، الفتاوى الهندية، ج٤، ص٤٦٢. داماد أفندي، مجمع الأنهر، ج٣، ص٥١٥. السرخسي، المبسوط، ج١٥، ص١٢١. الزيلعي، تبين الحقائق، ج٦، ص٧٧. القرافي، الذخيرة، ج٥، ص٣٨٦. ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج٥، ص١٤٨. ابن نصر، المعونة على مذهب عالم المدينة، ج٢، ص١٠٢.

(٢) السرخسي، المبسوط، ج١٥، ص١٢١، ١٢٢.

(٣) الشافعي، الأم، ج٤، ص٢٦. الشربيني، مغني المحتاج، ج٣، ص٤٤٤. الماوردي، الحاوي الكبير، ج٧، ص٣٩٦. البهوتي، كشف القناع، ج٤، ص٥. ابن قدامة، المغني، ج٥، ص٢٦٧. أبو القاسم، الواضح في شرح مختصر الخرق، ج٣، ص١٠٥.

قال النووي: «إن المنافع موجودة، أو ملحقة بالموجود، ولهذا صح العقد عليها»^(١).

وقال ابن قدامة: «وهي مقدرة الوجود؛ لأنها جعلت مورداً للعقد، والعقد لا يرد إلا على موجود»^(٢).

وينبغي على هذا المدرك فرعان:

الأول: أن المنفعة هل تحدث على ملك المستأجر، أم على ملك المؤجر؛ فبناء على أصول الحنفية والمالكية؛ فإن المنفعة لا تملك بنفس العقد، وإنما بحسب حدوثها شيئاً فشيئاً، وبالتالي تحدث على ملك المؤجر، ولا يملكها المستأجر^(٣).

وبناء على أصول الشافعية والحنابلة فإن المنفعة تملك بالعقد، وتحدث على ملك المستأجر، بدليل جواز تصرفه فيها في المستقبل^(٤).

الثاني: إذا أطلق العاقدان وقت تسليم الأجرة، هل تستحق بنفس العقد، أم لا ؟

اتفق الفقهاء فيما يتعلق بوقت تسليم الأجرة على حالتين^(٥):

الأولى: أن يشترط حلولها؛ فتكون حالة اتفاقاً.

(١) النووي، روضة الطالبين، ج ٤، ص ٢٤٩

(٢) ابن قدامة، المغني، ج ٥، ص ٢٦٧..

(٣) السرخسي، المبسوط، ج ١٥، ص ١٢١. القرافي، الذخيرة، ج ٥، ص ٣٨٦.

(٤) الشربيني، مغني المحتاج، ج ٣، ص ٤٤٤. ابن قدامة، المغني، ج ٥، ص ٢٦٧.

(٥) الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٤، ص ٦١. الطوري، تكملة البحر الرائق، ج ٧، ص ٥١١.

القرافي، الذخيرة، ج ٥، ص ٣٨٦. ابن جزي، القوانين الفقهية، ص ١٨١. الماوردي، الحاوي

الكبير، ج ٧، ص ٣٩٥. المطيعي، تكملة المجموع، ج ١٥، ص ١٨٧. ابن قدامة، المغني، ج ٥،

ص ٢٦٨.

الثانية: أن يشترط تأجيلها، أو تنجيمها؛ فتكون مؤجلة، أو منجمة على ما اتفقا عليه، لأن إجارة العين كبيعها، وبيعها يصح بضمن حال أو مؤجل، فكذلك إجارته.

في غير ذلك، إن أطلقها، ولم يشترط فيها حلولاً، ولا تأجيلاً، ولا تنجيماً؛ فقد اختلف الفقهاء في ذلك على حسب أصول كل مذهب على قولين:

القول الأول: ذهب الحنفية^(١)، والمالكية^(٢) إلى أن الأجرة في حالة إطلاق وقت تسليم الأجرة في العقد لا تستحق بنفس العقد، وإنما يستحق منها بقدر ما يقبض من المنافع، أي يلزم جزءاً فجزءاً بحسب ما تم استيفاء ما يقابله من المنفعة؛ فكل جزء من المال يقابله جزء من المنافع.

الأدلة:

استدل الحنفية والمالكية على مذهبهم هذا، بما يلي:

الدليل الأول: قوله تعالى: ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ﴾

[الطلاق: ٦].

وجه الدلالة من الآية يتمثل في أن الفاء في قوله: ﴿ فَآتُوهُنَّ ﴾ تفيد التعقيب، وهذا يدل على أن استحقاق الأجرة يكون بعد استكمال الإرضاع^(٣).

ويجيب على هذا الاستدلال من وجهين:

(١) نظام وآخرون، الفتاوى الهندية، ج ٤، ص ٤٦٣. الطوري، تكملة البحر الرائق، ج ٧، ص ٥١١.

الزيلعي، تبين الحقائق، ج ٦، ص ٧٧.

(٢) ابن جزى، القوانين الفقهية، ص ١٨١. ابن نصر، المعونة على مذهب عالم المدينة، ج ٢،

ص ١٠٢. ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج ٥، ص ١٤٨.

(٣) القرافي، الذخيرة، ج ٥، ص ٣٨٦.

الأول: أن المراد بالآية إن بذل الرضاع، لا أنه أراد استكمال الرضاع، كما قال سبحانه: ﴿ حَتَّىٰ يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَن يَدٍ ﴾ [التوبة: ٢٩]. أي: يبذلوا الجزية. وكذلك قوله تعالى: ﴿ وَإِنْ تَعَاَسَرْتُم فَسَرِّضْ لَهُ أُخْرَىٰ ﴾ [الطلاق: ٦]؛ فلو كان ذلك بعد إتمام الرضاع ما احتاج إلى إرضاع أخرى. وبهذا التوجيه يعتبر الفريق الآخر هذه الآية دليلاً له^(١).

الثاني: يحتمل أن المراد بالإيتاء عند الشروع في الرضاع، أو تسليم نفسها، كما قال تعالى: ﴿ فَإِذَا قَرَأْتَ الْقُرْآنَ فَاسْتَعِذْ بِاللَّهِ مِنَ الشَّيْطَانِ الرَّجِيمِ ﴾ [النحل: ٩٨]، أي: إذا أردت القراءة، وتحققه أن الإيتاء في وقت لا يمنع وجوبه قبله، لقوله تعالى: ﴿ فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً ﴾ [النساء: ٢٤] والصداق يجب قبل الاستمتاع^(٢).

الدليل الثاني: ما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال: «قال الله تعالى: ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة: رجل أعطى بي ثم غدر، ورجل باع حراً فأكل ثمنه، ورجل استأجر أجيراً فاستوفى منه، ولم يعطه أجره»^(٣).

وجه الاستدلال من الحديث: وجه الفريق الآخر الاستدلال من هذا الحديث على أن الوعيد وقع على الامتناع من دفع الأجرة بعد العمل؛ فدل ذلك على أنها حالة الوجوب، أي بعد استيفاء العمل^(٤).

(١) الماوردي، الحاوي الكبير، ج ٧، ص ٣٩٧.

(٢) ابن مفلح، المبدع شرح المقنع، ج ٤، ص ٤٥١. التنوخي، الممتع في شرح المقنع، ج ٣، ص ٤٨١، ٤٨٢. ابن قدامة، المغني، ج ٥، ص ٢٦٧.

(٣) أخرجه: البخاري، في صحيحه، كتاب الإجارة، باب إثم من منع أجر الأجير، ج ٢، ص ٦٦٨.

(٤) ابن قدامة، المغني، ج ٥، ص ٢٦٧. التنوخي، الممتع في شرح المقنع، ج ٣، ص ٤٨١.

ويجاء عن هذا الاستدلال: إن ترك الإيفاء بعد الفراغ من العمل، هو موضع التوعد، ومما يدل ذلك على أن الأجرة تستحق بعد إتمام العمل، وأنتم تقولون: إن الأجرة تستحق شيئاً فشيئاً بقدر ما يقبض من المنافع، وهذا تناقض في قولكم، ويحتمل أنه توعد على ترك الإيفاء في الوقت الذي تتوجه المطالبة فيه عادة. وقد يحمل معناه على الإجارة في الذمة^(١).

الدليل الثالث: قوله ﷺ: «أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه»^(٢).

وجه الاستدلال من الحديث: نصُّ الحديث يقتضي وجوب الأجرة بعد الفراغ من العمل، لأن العرق إنما يوجد بالعمل؛ فدل ذلك على أن الاستحقاق لا يكون إلا بعد العمل، ولو وجبت بنفس العقد لما جاز تأخيرها إلا برضاه^(٣).

وأجيب عن هذا الاستدلال: أن هذا الاستدلال كما وقع لكم، قد وقع لنا من حيث إن العامل قد يعرق حين يعمل؛ فيقتضي أن يستحق أخذ الأجرة قبل إتمام العمل، وكما يحتمل أن يكون الحديث وارداً على من شرط تأخير أجرته^(٤).

الدليل الرابع: استدلو بالقياس، حيث قاسوا الأجرة في عقد الإجارة، على الثمن في عقد البيع، إذ إنَّ الأجرة ثمن للمنافع، كما أن الثمن في البيع

(١) ابن قدامة، المغني، ج ٥، ص ٢٦٧، ٢٦٨. التنوخي، المتع في شرح المقنع، ج ٣، ص ٤٨٢.

(٢) أخرجه: ابن ماجه، في سننه، كتاب الرهون، باب أجر الأجراء، ج ٢، ص ٢٠. البيهقي، في سننه، كتاب الإجارة، باب إثم من منع الأجير أجره، ج ٦، ص ٢٠٠. الطبراني، المعجم الصغير، ج ١، ص ٢١. الطحاوي، مشكل الآثار، ج ٤، ص ١٤٢. وأخرجه الزيلعي، نصب الراية لأحاديث الهداية، كتاب الإجازات، ج ٤، ص ١٢٩، ١٣٠. وذكر طرقه المتعددة، وقال: معنى الحديث في الصحيح، وقصد بذلك الدليل السابق. وأورد الألباني في إرواء الغليل طرقه المختلفة، وقال: صحيح. انظر الألباني، إرواء الغليل في تحريج أحاديث منار السبيل، ج ٥، ص ٣٢٠.

(٣) ابن مودود، الاختيار لتعليل المختار، ج ٢، ص ٥٥. القرافي - الذخيرة، ج ٥، ص ٣٨٦.

(٤) الماوردي، الحاوي الكبير، ج ٧، ص ٣٩٧.

ثمن للمبيع، وقد ثبت أن في البيع لا يلزم تسليم الثمن بمجرد العقد إلا بعد تسليم المعقود عليه، فكذاك يجب أن يكون الحال في الإجارة^(١).

ويجاب عنه: أن المنافع وإن كانت معدومة عند العقد حقيقة إلا أنها جعلت كالموجودة حكماً، وذلك بدليل جواز عقد الإجارة، ولزومه^(٢)، وعقد المعاوضة لا ينعقد، ولا يلزم على المعدوم، لذا جعل وجوده حكماً.

هذا، وإذا تقرر وجوده حكماً التحق بالموجود حقيقة، فتصير مملوكة بالعقد؛ وتقابلها الأجرة، هذا جانب.

ومن جانب آخر، أن الثمن في عقد البيع الأولى به أن تملك القيمة في الحال بعد العقد^(٣).

الدليل الخامس: استدلوا بالمعقول، حيث قالوا: إن عقد الإجارة عقد معاوضة، والمعاوضة المطلقة إذا لم يثبت الملك فيها في أحد العوضين لا يثبت في العوض الآخر، إذ لو ثبت لا يكون معاوضة حقيقة، لأنه لا يقابله عوض^(٤)، ولأن المساواة في العقود المطلقة مطلوب العاقلين، ولا مساواة إذا لم يثبت الملك في أحد العوضين، والملك لم يثبت في أحد العوضين، وهو منافع المدة، لأنها معدومة حقيقة؛ فلا تثبت في الأجرة في الحال تحقيقاً للمعاوضة المطلقة في أي وقت تثبت^(٥).

(١) السرخسي، المبسوط، ج ١٥، ص ١٢١. القرافي، الذخيرة، ج ٥، ص ٣٨٦. ابن نصر، المعونة على مذهب عالم المدينة، ج ٢، ص ١٠٢.

(٢) الحصني، كفاية الأخيار، ج ١، ص ٣٠٨. الماوردي، الحاوي الكبير، ج ٧، ص ٣٩٦. النووي، روضة الطالبين، ج ٤، ص ٢٤٩. أبو القاسم، الواضح في شرح مختصر الخرقي، ج ٣، ص ١٠٥.

(٣) الشريف، الإجارة الواردة على عمل الإنسان، ص ٢٢٢.

(٤) الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٤، ص ٥٩.

(٥) الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٤، ص ٥٩. الطوري، تكملة البحر الرائق، ج ٧، ص ٥١١.

ويجاء عنه: أن مقتضى المساواة في البديلين في العقود المطلقة يتحقق عندما تجعل المنافع موجودة، أو ملحقة بالموجود؛ فهي مقدرة الوجود، لأنها جعلت مورداً للعقد، والعقد لا يرد إلا على موجود، وبه يتحقق التساوي بينهما^(١).
القول الثاني: ذهب الشافعية^(٢)، والحنابلة^(٣) إلى أن الأجرة تكون حالة، وتستحق بنفس العقد.

الأدلة:

استدل هذا الفريق على مذهبه بالأدلة الآتية:

الدليل الأول: استدلو بالقياس من شقين:

الأول: قياس الأجرة على الثمن في البيع؛ فكما يملك البائع الثمن بالبيع؛ فكذلك المؤجر يملك الأجرة بمطلق العقد، لأنه عوض أطلق ذكره في عقد معاوضة؛ فاستحق بمطلق العقد^(٤).

الثاني: قياس الأجرة على الصداق في النكاح؛ فإذا حصل التمكين في النكاح وجب تسليم الصداق؛ فكذا الأجرة بمطلق العقد، لأن المنافع مقبوضة بالتمكين حكماً^(٥).

(١) النووي، روضة الطالبين، ج ٤، ص ٢٤٩. ابن قدامة، المغني، ج ٥، ص ٢٦٧.

(٢) الشرييني، مغني المحتاج، ج ٣، ص ٤٤٤. ابن الفراء، التهذيب، ج ٤، ص ٤٣٠. الماوردي، الحاوي الكبير، ج ٧، ص ٣٩٦.

(٣) البهوتي، كشف القناع، ج ٤، ص ٤٠. ابن قدامة، المغني، ج ٥، ص ٢٦٧. ابن مفلح، المبدع شرح المقنع، ج ٤، ص ٤٥١.

(٤) الماوردي، الحاوي الكبير، ج ٧، ص ٣٩٦. المطيعي، تكملة المجموع، ج ١٥، ص ١٨٧. البهوتي، كشف القناع، ج ٤، ص ٤٠. التنوخي، الممتع في شرح المقنع، ج ٣، ص ٤٨١.

(٥) الماوردي، الحاوي الكبير، ج ٧، ص ٣٩٦. البهوتي، كشف القناع، ج ٤، ص ٤٠.

ويجاء عن هذا القياس، بما يلي: القياس على الثمن، والصدّاق قياس لا يصح؛ لأنّ المنفعة في عقد البيع، أو النكاح قد تمّ تسليمها إلى صاحبها؛ فاستحق في مقابلها بذل الثمن، أو الصدّاق، وهذا بخلاف المنافع؛ فالاستيفاء فيها يكون شيئاً فشيئاً؛ فتكون الأجرة كذلك تسوية بين العوضين، وبه يظهر الفرق بين الإجارة، والبيع، والنكاح، بل ينقلب القياس؛ فيقال: لم يسلم أحد العوضين؛ فلا يجب عليه تسليم الآخر، كالبيع^(١).

الدليل الثاني: إنّ المنافع إما موجودة، وإما ملحقة بالموجودات، ولولا أنها ملحقة بالموجودات لكان ذلك في معنى بيع الدّين بالدّين، أي أن تأخرها يكون من باب الدّين بالدّين، لذلك جعلت مورداً للعقد؛ لأنه لا يرد إلا على موجود^(٢).

ويجاء عن هذا الاستدلال من وجهين^(٣):

الأول: إن جواز العقد لا يكون باعتبار أن المدوم جعل موجوداً حكماً؛ فكيف يقال ذلك، والموجود من المنفعة حقيقة لا يقبل العقد؛ لأنه عرض لا يتصور بقاؤه وقتين؛ فلا يتصور فيه التسليم بحكم العقد، والقدرة على التسليم شرط لجواز العقد، وما لا يتصور فيه التسليم لا يكون محلاً للعقد، وبهذا يتضح أن جواز العقد لا يصح بهذه الطريقة، بل باعتبار أن العين هي سبب وجود المنفعة، ولذلك أقيمت مقام المنفعة في حق صحة الإيجاب والقبول، وفي حق وجوب التسليم، إذ العين هي التي يمكن تسليمها دون العرض؛ فانعقد في حقها

(١) القرافي، الذخيرة، ج ٥، ص ٣٨٦.

(٢) النووي، روضة الطالبين، ج ٤، ص ٢٤٩. الرافعي، العزيز شرح الوجيز، ج ٦، ص ٨٤. ابن قدامة، المغني، ج ٥، ص ٢٦٧.

(٣) السرخسي، المبسوط، ج ١٥، ص ١٢١، ١٢٢. الزيلعي، تبين الحقائق، ج ٦، ص ٨٢، ٨٣. قاضي زاده، نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار، ج ٩، ص ٦٩.

في الحال؛ فوجب عليه تسليمها، وصار العقد مضافاً غير منعقد للحال في حق المنفعة؛ لأن أقصى ما يتصور العقد على المنفعة أن يكون العقد مضافاً إلى وقت حدوثها؛ فينعقد العقد في كل جزء من المنفعة على حسب وجودها شيئاً فشيئاً، وإنما قامت العين مقام المنفعة تصحيحاً للعقد في حق الانعقاد، والتسليم ضرورة عدم تصورهما في المنفعة، ولا ضرورة في حق الملك في البذل، إذ ما ثبت للضرورة يثبت بقدره، وهذا من باب إقامة السبب، وهي العين، مقام السبب، وهي المنفعة، وهو أمر معهود في الشرع، من مثل إقامة السفر مقام المشقة، لأنه سببها، وإقامة البلوغ مقام كمال العقل، حتى علق التكليف به، لأنه سببه، ونحو ذلك من النظائر.

الثاني: أن ذلك ليس من قبيل الدين بالدين، لأن الدين ما يكون في الذمة، والمنافع ليست كذلك؛ لأنه عند انعقاد العقد فيها، وهو زمان حدوثها تصير مقبوضة؛ فلا يكون ديناً بدين أصلاً، وعلى ذلك أقيمت العين مقام المنفعة، وهو طريق سائغ لكونه من باب إقامة السبب مقام السبب. أما لو كان العقد منعقداً في حق المنفعة لما جازت الإجارة بالدين المؤجل أصلاً، ولذلك تقرر أن ما ذهبوا إليه من جعل المعدوم موجوداً حكماً لم يعهد.

الدليل الثالث: قالوا: إن تسليم المعوض يوجب تسليم العوض ليستوي حكم المتعاقدين فيما يملكانه من عوض ومعوض كما هو مقرر في الأصول؛ فلا يكون حظ أحدهما فيه أقوى من حظ الآخر، كالبيع إذا سلم المبيع فيه وجب تسليم الثمن، ومبنى ذلك هو تحقيق المساواة بين المتعاقدين في عقود المعاوضات^(١).

ويجاب عنه: مبنى هذا الاستدلال تقتضيه أدلة الفريق القائل بأن الأجرة لا تستحق بنفس العقد، لأن عقد المعاوضة يقتضي المساواة بين المتعاقدين، وذلك

(١) الماوردي، الخاوي الكبير، ج ٧، ص ٣٩٦. المطيعي، تكملة المجموع، ج ١٥، ص ١٨٧، ١٨٨.

بتقابل البدلين في الملك والتسليم، وأحد البدلين، وهو المنفعة لم يملك بنفس العقد لاستحالة ثبوت الملك في المعدوم؛ فكذا في البدل الآخر، فلو ملك الأجرة لملكها بغير بدل، وذلك ليس من المعاوضة؛ فتأخر الملك فيه ضرورة^(١)؛ فتحقيقها يكون باستحقاق الأجرة شيئاً فشيئاً بحسب ما يتم استيفاؤه من المنافع.

القول الراجح:

ويرجح مما سبق ما ذهب إليه فقهاء الحنفية، والمالكية من أن الأجرة لا تستحق بنفس العقد إذا أطلقت في العقد، وإنما تستحق شيئاً فشيئاً بحسب ما يستوفى من المنافع، وذلك بدلالة النصوص التي استدلوا بها التي تفيد في مجموعها أن الأجرة لا تستحق إلا بعد الانتهاء من استيفاء المنافع. وذلك بدلالة الفاء في قوله تعالى: ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَفَاتُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ ﴾ [الطلاق: ٦]؛ فثبت بها أن استحقاق الأجرة لا يكون إلا بعد استكمال العمل، لأنها تفيد في دلالتها التعقيب، وهذا مقتضاها، على ما مر.

ويضاف إلى ذلك دلالة الأحاديث التي وردت في معرض الاستدلال على أن حالة وجوب الأجر لا تكون إلا بعد استيفاء العمل.

أيضاً؛ فإن مقتضى عقود المعاوضات المساواة بين المتعاقدين، والمساواة لا تتحقق إلا إذا أقيمت العين مقام المنفعة، حتى يتحقق ارتباط الإيجاب بالقبول، ثم ينعقد العقد من حيث الحكم في كل جزء من المنفعة على حسب حدوثها، وفي مقابلها تستحق الأجرة، وبذلك يتقابل البدل والمبدل، وهذا هو أساس المساواة في البدلين.

(١) الزيلعي، تبين الحقائق، ج ٦، ص ٨٢.

الفرع الثالث: حكم فسخ عقد الإجارة بالعدر الطارئ

اختلف الفقهاء في حكم فسخ عقد الإجارة بالعدر الطارئ على قولين:

القول الأول: ذهب الحنفية^(١)، والظاهرية^(٢)، والمتيطي من فقهاء المالكية^(٣) إلى أن كل عذر لا يمكن معه استيفاء المعقود عليه إلا بضرر زائد يلحق العاقد في نفسه، أو ماله يثبت به حق الفسخ.

ومفاد هذا القول، أن عقد الإجارة يفقد صفة اللزوم بالنسبة للعاقدين في حالة وقوع العذر الطارئ عليه؛ لمنع ترتب آثاره على أي منهما.

هذا، وذهب فقهاء الحنفية إلى بناء صفة اللزوم في عقد الإجارة على أسس تحفظ له الديمومة، والبقاء؛ فقالوا: شرط اللزوم نوعان^(٤):

(١) نظام وآخرون، الفتاوى الهندية، ج ٤، ص ٤٦٢. داماد أفندي، مجمع الأنهر، ج ٣، ٥٥٥. العيني، البناية شرح الهداية، ج ١٠، ص ٣٤٧. السرخسي، المبسوط، ج ١٦، ص ٣، الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٤، ص ٥٣.

(٢) ابن حزم، المحلى، ج ٨، ص ١٨٧.

(٣) مياره، شرح مياره الفاسي على تحفة الحكام، ج ٢، ص ١٦٧. التاودي، حلى المعاصم لفكر ابن عاصم، وهو شرح أرجوزة تحفة الحكام، ج ٢، ص ٢٥٣. التسولي، البهجة في شرح التحفة، ج ٢، ص ٢٥٢، ٢٥٣. حيث ذهب إلى أن من اكترى دابة ليزف عليها عروساً في ليلة معينة؛ فتأخر الزفاف لمرض، أو عذر لم يكن عليه كراء، وتنفسخ الإجارة.

* المتيطي هو: علي بن عبد الله بن إبراهيم بن محمد بن عبد الله الأنصاري المتيطي، ومتيطة قرب الجزيرة الخضراء بالأندلس، لازم بفاس خاله أبا الحجاج المتيطي، وعنده تعلم عقد الشروط، وبه تفقه، ومهر في الشروط، واستقل حتى لم يكن في وقته أقدر منه عليها، توفي في أول شعبان سنة سبعين وخمسمائة. انظر: التنبكي، أحمد بابا، كفاية المحتاج لمعرفة من ليس في الديباج في تراجم المالكية، ص ٢٣٧. مخلوف، شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، ص ١٦٣.

(٤) الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٤، ص ٥١.

النوع الأول: شرط انعقاد العقد لازماً من الأصل، وهذا النوع ينطوي على ثلاثة أمور:

الأول: أن يكون العقد صحيحاً، لأن العقد الفاسد غير لازم، بل هو مستحق النقض، والفسخ رفعاً للفساد حقاً للشرع، فضلاً عن الجواز.

الثاني: أن لا يكون بالمستأجر عيب في وقت العقد، أو وقت القبض يخل بالانتفاع به؛ فإن كان، لا يلزم العقد.

الثالث: أن يكون المستأجر مرئياً للمستأجر حتى لو استأجر داراً لم يرها ثم رآها؛ فلم يرض بها؛ فله ردها، لأن الإجارة بيع المنفعة؛ فثبت فيها خيار الرؤية، كما في بيع العين؛ فإن رضي بها بطل خياره، كما في بيع العين.

النوع الثاني: شرط بقاء العقد على اللزوم، وينطوي على أمرين:

الأول: سلامة المستأجر عن حدوث عيب به يخل بالانتفاع به؛ فإن حدث به عيب يخل بالانتفاع به لم يبق العقد لازماً؛ فلو استأجر عبداً يخدمه، أو دابة يركبها، أو داراً يسكنها، فمرض الخادم أو عرجت الدابة، أو انهدم بعض بناء الدار؛ فالمستأجر بالخيار إن شاء مضى على الإجارة، وإن شاء فسخ العقد، بخلاف البيع إذا حدث بالمبيع عيب بعد القبض؛ فليس للمشتري أن يرده، لأن الإجارة بيع المنفعة، والمنافع تحدث شيئاً فشيئاً؛ فكان كل جزء من أجزاء المنافع معقوداً مبتدأ؛ فإذا حدث العيب بالمستأجر كان هذا عيباً حدث بعد العقد، وقبل القبض، وهذا يوجب الخيار.

الثاني: عدم حدوث عذر بأحد العاقدين، أو بالمستأجر؛ فإن حدث بأحدهما، أو بالمستأجر عذر، لا يبقى العقد لازماً.

الأدلة:

استدل أصحاب هذا القول بالأدلة الآتية:

الدليل الأول: استندوا في ذلك إلى قياس العذر الطارئ في الإجارة على العيب في المبيع قبل القبض؛ فالمعقود عليه في عقد الإجارة، هي المنافع، ولا تصير مقبوضة إلا بالاستيفاء شيئاً فشيئاً؛ لأنها في الأصل معدومة، لأنها أعراض، وهو مما لا يتصور بقاؤه وقتين؛ فلا يتصور فيه التسليم بحكم العقد، والقدرة على التسليم شرط جواز العقد، ولذلك أقيمت العين مقام المنفعة لتحقيق ذلك. ثم ينقذ العقد في حق المنفعة في كل جزء فيها على حسب وجودها شيئاً فشيئاً؛ فتصير مقبوضة بذلك^(١).

يتبين من ذلك، أن المنافع في حالة العذر الطارئ تحدث على ملك المؤجر، لأن المستأجر يستوفي منافعه من العين المستأجرة شيئاً فشيئاً، ووقوع العذر الطارئ يمنع من استيفاء منافع العين؛ فلا يتحقق قبضها به، وهو ذات الحال في حالة حدوث العيب في المبيع قبل القبض؛ فثبت حق الفسخ في الحالتين.

ومقتضى المعاوضة في عقد الإجارة سلامة المنافع من مانع يمنع من استيفائها، كما أن استحقاق صفة السلامة مطلوبة في المبيع، طلباً لصفة المالية في كل منهما.

فوحدة المناط في الأمرين واحدة، وهي عجز العاقد عن المضي في موجب العقد إلا بتحمل ضرر زائد لم يستحق به، إذ مضي المشتري على موجب العقد

(١) داماد أفندي، مجمع الأنهر، ج٣، ص ٥٥٦. الهروي، فتح باب العناية بشرح الثقاية، ج٢، ص ٤٤٤. الزيلعي، تبين الحقائق، ج٦، ص ٨٢، ٨٣.

في حال وجود سلعة معيبة تلحق به ضرراً زائداً لم يستحق في أصل عقد البيع؛ كما أن مضي العاقد في حالة طرء العذر الطارئ على موجب عقد الإجارة يلحق به ضرراً زائداً لم يستحق في أصل عقد الإجارة^(١).

الدليل الثاني: استندوا إلى أصل النظر في مآلات الأفعال^(٢)، إذ المضي على موجب العقد في ظل الظرف الطارئ سيؤول إلى الضرر الزائد، سواء أكان اقتصادياً ومالياً، أو بدنياً، أو نفسياً، تبعة لما حدث عنه من ملابسات احتفت بالعقد أدت إلى هذه الأضرار المختلفة.

ومعلوم، أن جواز عقد الإجارة ثبت للحاجة، ولزومه لتوفير المنفعة على المتعاقدين؛ فإذا آل الأمر إلى الضرر، وقعت مخالفة أصل الجواز واللتزم فيه، وثبت حق الفسخ على سبيل الاستثناء منه^(٣).

قال السرخسي: «جواز هذا العقد للحاجة، ولزومه لتوفير المنفعة على المتعاقدين؛ فإذا آل الأمر إلى الضرر أخذنا فيه بالقياس، وقلنا: العقد في حكم المضاف في حق المعقود عليه، والإضافة في عقود التمليكات تمنع اللزوم في الحال، كالوصية»^(٤).

وما ذكر السرخسي يقوم على أساس منطق الحنفية في تكييف عقد الإجارة، إذ إن المنافع في اجتهادهم لا توجد في الحال بطبيعتها؛ لأنها أعراض

(١) العيني، البناية شرح الهداية، ج ١٠، ص ٣٤٧. الهروي، فتح باب العناية بشرح الثغاية، ج ٢، ٤٤٤.

(٢) أصل النظر في مآلات الأفعال، أصل معتد به في الشرع. قال الشاطبي: «النظر في مآلات الأفعال معتبر مقصود شرعاً». انظر الشاطبي، الموافقات، ج ٥، ص ١٧٧.

(٣) العيني، البناية شرح الهداية، ج ١٠، ص ٣٤٧. الزيلعي، تبين الحقائق، ج ٦، ص ١٦١.

(٤) السرخسي، المبسوط، ج ١٦، ص ٣. وانظر: الزيلعي، تبين الحقائق، ج ٦، ص ١٦١.

تتحقق شيئاً فشيئاً، ويتوافر استيفاؤها في المستقبل؛ فكان عقد الإجارة عقداً مضافاً حكمه، وأثره إلى المستقبل بالنسبة للمنافع، لا أنه عقد مضاف حقيقة؛ فأشبه الوصية من هذا الوجه؛ فكان الأصل فيه عدم اللزوم، ولكن اعتبر اللزوم لتوفير المنفعة على المتعاقدين، على ما مرّ، ومعلوم أن الإضافة في عقود التمليك التي تقبل بطبيعتها الإضافة، كعقد الإجارة، تمنع صفة اللزوم في الحال بسبب هذه الإضافة، ويثبت فيها حق الفسخ، كالوصية حال حياة الموصي، دفعاً للضرر، استثناءً^(١).

هذا، ومآل العذر الطارئ يخرم المصلحة التي شرع من أجلها عقد الإجارة، ويلزم المتعاقد المضرور أضراراً لم يكن ليلتزمها لو لا حدوثه، مما يتعارض ذلك مع أساس شرعيته المنبثق عن مبادئ العدالة في التشريع الإسلامي.

الدليل الثالث: قالوا: إن الحاجة تدعو إلى الفسخ عند العذر، لأنه لو لزم العقد عند تحقق العذر للزم صاحب العذر ضرر لم يلتزمه بالعقد؛ فكان الفسخ في الحقيقة امتناعاً من التزام الضرر، وله ولاية ذلك^(٢).

الدليل الرابع: قالوا: إن إنكار الفسخ عند تحقق العذر خروج عن العقل، والشرع، لأنه يقتضي أن من اشتكى ضرره؛ فاستأجر رجلاً ليقطعها؛ فسكن الوجع يجبر على القلع، ومن وقعت في يده أكلة فاستأجر رجلاً ليقطعها فسكن الوجع ثم برأت يده يجبر على القطع، وهذا قبيح عقلاً وشرعاً؛ فالعقل يأبى أن يقطع عضو قد برأ، والشرع يأبى أن يفوت جزء من الإنسان صحيح^(٣).

(١) الدريني، النظريات الفقهية، ص ١٧٥.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٤، ص ٥٣.

(٣) الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٤، ص ٥٣، ٥٤.

القول الثاني: ذهب المالكية ^(١)، والشافعية ^(٢)، والحنابلة ^(٣) إلى أن عقد الإجارة لا ينفسخ إلا بما تنفسخ به العقود اللازمة من وجود العيب بها، أو ذهاب محل استيفاء المنفعة في المعقود عليه، بحيث يمنع استيفاءها؛ فإذا طرأ عذر على عقد الإجارة، ولم يظهر في المعقود عليه عيب، أو خلل؛ فلا يجوز فسخ الإجارة، لا للمؤجر، ولا للمستأجر.

وبه قال سفيان الثوري ^(٤)، وأبو ثور ^(٥).

(١) ابن جزي، القوانين الفقهية، ص ١٨٣. ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج ٥، ص ١٥٠. ابن نصر، المعونة على مذهب عالم المدينة، ج ٢، ص ١٠١. مياره، شرح مياره الفاسي على تحفة الحكام، ج ٢، ص ١٦٧. وقد خالف المالكية بهذا القول أصول مذهبهم، حيث نصوا على أن المنافع تستوفى شيئاً فشيئاً، وفي استيفائها تستحق الأجرة، ومعلوم أنه في حالة طرؤ العذر على العقد يمنع من استيفاء المنافع على وجهه الأكمل، ومع ذلك لم يشترطوا حق الفسخ بها، مع الاختلاف ما بين التعيد النظري، والتطبيق العملي الظاهر في جزئيات عقد الإجارة، وسيأتي بيانه فيما بعد.

(٢) الماوردي، الحاوي الكبير، ج ٧، ص ٣٩٣. النووي، روضة الطالبين، ج ٤، ص ٣٠٩. الشريبي، مغني المحتاج، ج ٣، ص ٤٨٣. الغزالي، الوسيط في المذهب، ج ٤، ص ١٩٦. وقد اتفق الشافعية في هذا القول مع مقتضى أصولهم.

(٣) ابن قدامة، المغني، ج ٥، ص ٢٧٠. ابن مفلح، المبدع شرح المقنع، ج ٤، ص ٤٢٢. التنوخي، المتع في شرح المقنع، ج ٣، ص ٤٧٤. ابن مفلح الفروع، ج ٤، ص ٤٤٢. الرحيباني، مطالب أولي النهى، ج ٣، ص ٦٥٥. الحجاوي، الروض المربع، ج ٢، ص ٢١٧. وقد اتفق الحنابلة في هذا القول مع مقتضى أصولهم.

(٤) ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج ٥، ص ١٥٠.

(٥) العيني، البناية شرح الهداية، ج ١٠، ص ٣٤٧. الهروي، فتح باب العناية شرح الثقاية، ج ٢، ص ٤٤٤. ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج ٥، ص ١٥٠. ابن قدامة، المغني، ج ٥، ص ٢٧٠. * أبو ثور هو: إبراهيم بن خالد بن أبي اليمان الكلبي، وأبو ثور لقبه، أصله من بني كلب، ثقة من العاشرة، حدث عن ابن عيينة، ووكيع، وعنه: أبو داود، وابن ماجه، ومحمد بن إسحاق، وغيرهم. مات في صفر سنة أربعين ومائتين. انظر: ابن حجر، تقريب التهذيب، ج ١، ص ٣٥. الذهبي، تذكرة الحفاظ، ج ٢، ص ٥١٢، ٥١٣. السيوطي، طبقات الحفاظ، ص ٢٢٣.

الأدلة :

استدل هذا الفريق بالأدلة الآتية:

الدليل الأول: تمسكوا بمبدأ الوفاء الوارد في قوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١].

وجه الاستدلال من الآية: إن عموم الأمر الوارد في الآية يوجب الوفاء بكل عقد ما لم يتم دليل يخصصه^(١).

فوجه نظر هذا الفريق أن الفسخ في حالة العذر الطارئ ليس من الإيفاء بالعقد بشيء، إذ الواجب فيه القيام بتنفيذ الالتزامات المتقابلة من الطرفين، والوفاء بها، وعدمه يؤثر على استقرار المعاضات بين الناس، ويؤدي إلى زعزعة التعامل بها.

وعليه، فإن مستندهم من هذه الآية مأتاه التمسك بقاعدة: «وجوب الوفاء بالعقود اللازمة من الطرفين».

وبناء على توجيه هذا الفريق للآية يكون الحنفية من وجهة نظرهم قد خرموا القاعدة الأساسية في العقود، وهي وجوب الوفاء، والخروج عن مقتضاها، عند القول بمبدأ العذر الطارئ في عقود المعاضات^(٢).

ويجاب عن هذا الاستدلال من ثلاثة جوانب:

الأول: إنَّ الاعتداد بقاعدة وجوب الوفاء يثبت في الحالة التي تم التراضي عليها بين المتعاقدين ابتداءً. وهي تبادل الالتزامات في الأحوال العادية، في ظل

(١) الماوردي، الحاوي الكبير، ج ٧، ص ٣٩٧.

(٢) الدريني، النظريات الفقهية، ص ١٧٨.

الظروف التي شرع العقد على أساسها، واتجهت الإرادة التعاقدية إلى تنفيذها عند الإبرام^(١)، وهذا ما يؤكد مقصود الوفاء الوارد في الآية، إذ يقصد منه حفظ ما يقتضيه العقد، والقيام بموجبه^(٢).

مما يفهم من ذلك، أن كلاً من أصل اللزوم، والوفاء مقيد ببقاء الظروف التي انعقد العقد على أساسها، حتى إذا تغيرت، وأصبح تنفيذ الالتزام ضاراً بأحد المتعاقدين ضرراً لم يكن ليلتزمه بالعقد لولا العذر الطارئ^(٣)؛ ثبت حق الفسخ استثناءً منه.

الثاني: إن عدم الأخذ بالعذر الطارئ مبدأ تشريعي في مجال العقود يؤدي إلى عدم الاستقرار في المعاملات، وهو خلاف ما ذكرناه؛ لأن المتعاقد المتأثر من العذر الطارئ يثبت عجزه عن المضي على موجب العقد إلا بضرر زائد، مما يترتب عليه امتناع الطرف المضرور عن تنفيذ موجبات العقد، حماية لنفسه أو ماله من أثره. وهذا الامتناع بطبيعة الحال يولد التعارض في مصالح الطرفين، لأن كل طرف عندئذ يسعى إلى تحقيق مصلحته بغض النظر عن الآثار اللاحقة بالطرف الآخر. ولكن عندما يعلم كل من المتعاقدين أن مبدأ العذر الطارئ في العقود يعمل على رفع تبعات آثار تغير ظروف العقد الضارة عن أيٍّ منهما؛ فإن ذلك يعزز الثقة بالتعاقد، والإقدام على إبرامه، للعلم المسبق بمصير العقد في كافة الظروف، وهي رؤية واضحة رسمها التشريع الإسلامي في تشريعه للأحكام التي تتعلق بمجال العقود، والتي منها مبدأ العذر الطارئ الكفيل في باستمرار الالتزامات بين المتعاقدين في كافة الأحوال.

(١) انظر من هذا البحث، ص (٣٥).

(٢) الآلوسي، روح المعاني، ج ٥، ص ٣٠٢.

(٣) الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقيده، ص ٢٠٣، ٢٠٤.

الثالث: التحقيق في ذلك، أن الحنفية لم يجرموا قاعدة وجوب الوفاء بالعقد، ولا القياس العام في عقد الإجارة، وهو اللزوم، بإثبات حق فسخ عقد الإجارة بالعدر الطارئ، بل أثبتوه على أساس القياس، ودليل ذلك أنهم أوجبوا على المتعاقد أن يتحمل الأضرار الناشئة عن موجب العقد نفسه، باعتبار أنه تم التعاقد، أو التراضي على ذلك. أما الضرر الزائد الذي لم يكن منشؤه موجب العقد ذاته بل كان مآلاً للعدر الطارئ الخارج عن نطاق العقد؛ فذلك أمر لم يلتزم بالعقد أصلاً، بل لم يتم التراضي على أساسه، وبالتالي، لا يكون المدين ملزماً به أصلاً حتى يقال إن عدم إلزامه بالوفاء استثناء من الأصل العام، هو وجوب الوفاء بالعقود؛ لأن الاستثناء يصح لو كان المتعاقد المضروب ملزماً بالضرر الزائد ثم أعفي منه ^(١).

وهذا ما أكدته فقهاء الحنفية حيث نصّوا على أن الضرر الزائد الناشئ عن العذر الطارئ غير مستحق بالعقد أصلاً حتى يلزم به المتعاقد ^(٢).

الدليل الثاني: الإجارة عقد على المنافع؛ فإذا لزم عند ارتفاع العذر لم يحدث له خيار بحدوث العذر، كالنكاح ^(٣).

ويجاء عن هذا الاستدلال من ثلاثة وجوه:

الأول: أن المنافع في عقد الإجارة معدومة عند انعقاد العقد، ولكن أقيمت العين مقام المنفعة لتحقيق ارتباط الإيجاب بالقبول ^(٤)، ثم تستوفى المنفعة شيئاً

(١) الدريني، النظريات الفقهية، ص ١٧٨، ١٧٩، ١٨٠.

(٢) العيني، البناية شرح الهداية، ج ١٠، ص ٣٤٧. الزيلعي، تبين الحقائق، ج ٦، ص ١٦٠.

(٣) ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج ٥، ص ١٥٠. الماوردي، الحاوي الكبير، ج ٧، ص ٣٩٣.

(٤) الزيلعي، تبين الحقائق، ج ٦، ص ٨٢، ٨٣.

فشيئاً على حسب حدوثها على ملك المستأجر. أما منافع النكاح؛ فيتم استيفؤها بتسليمها إلى صاحبها، لذا استحق الصداق فيها، وهذا بخلاف عقد الإجارة؛ فاتضح عدم الشبه.

الثاني: هذا دليل استدل به المالكية على عدم اعتبار العذر الطارئ، والصحيح أن أصول المالكية^(١) تقتضي أن المنافع تستوفى شيئاً فشيئاً، ولا تحدث على ملك المستأجر؛ فكان تشبيهها بالنكاح مخالفة للأصول، وخروجاً عليها.

الثالث: إن بقاء لزوم العقد مقيد عند ابتداء التعاقد، أو أثناء التنفيذ، بعدم حدوث عذر بأحد العاقلين؛ فإذا حدث ارتفعت صفة اللزوم عنه^(٢).

الدليل الثالث: أن عقد الإجارة عقد على معاوضة محضة؛ فإذا لزم العاقلين لم يكن لأحدهما فسخه لمعنى في العاقد، كالبيع^(٣).

قال الماوردي: «إن العقود نوعان: لازم فلا يجوز فسخها لعذر كالبيع، وغير لازمة؛ فيجوز فسخها لغیر عذر كالقراض؛ فلما لم يكن عقد الإجارة ملحقاً بغير اللازم في جواز فسخه بغير عذر، وجب أن يكون ملحقاً باللازم في إبطال فسخه بعذر»^(٤).

وتوجيه الاستدلال بالبيع يأتي من شقين^(٥):

(١) القرافي، الذخيرة، ج ٥، ص ٣٨٦.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٤، ص ٥١.

(٣) ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج ٥، ص ١٥٠. ابن نصر، المعونة على مذهب عالم المدينة، ج ٢، ص ١٠٢. الماوردي، الحاوي الكبير، ج ٧، ص ٣٩٣. ابن قدامة، المغني، ج ٥، ص ٢٧٠.

(٤) الماوردي، الحاوي الكبير، ج ٧، ص ٣٩٣.

(٥) وتوجيه الاستدلال من هذا الدليل صاغه فقهاء الحنفية. انظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٤، ص ٥٣. السرخسي، المبسوط، ج ١٦، ص ٣.

الأول: أن عقد الإجارة أصله البيع، وذلك على اعتبار أن المنافع فيه ملحقة بالأعيان؛ فكانت لازمة، كالبيع، بجامع أن العقد انعقد باتفاقهما؛ فلا يفسخ إلا باتفاقهما.

الثاني: أن البيع لا يفسخ إلا بالعيب، فكذاك الإجارة، اقتضاء لصفة اللزوم فيهما.

ويجاب عن هذا الاستدلال من ثلاثة وجوه:

الأول: قال الحنفية: هو بيع، ولكن المتعاقد عجز عن المضي في موجهه إلا بضرر يلحقه لم يلتزمه بالعقد؛ فكان محتملاً للفسخ في هذه الحالة، كما في بيع العين إذا اطلع المشتري على عيب بالمبيع، وكما لو حدث عيب بالمستأجر^(١).

الثاني: أن العقد ينعقد باتفاقهما؛ فلا يفسخ إلا باتفاقهما إذا لم يعجز عن المضي على موجب العقد إلا بضرر غير مستحق بالعقد، وقد عجز هنا؛ فلا يشترط التراضي على الفسخ، كما في بيع العين، وحدث العيب بالمستأجر^(٢).

الثالث: أما إيجاب الفسخ في الإجارة بالعيب، كالبيع، فالتحقيق في ذلك، أن العلة ليست هي ذات العيب، بل العلة هي الضرر؛ لأن العيب في المعقود عليه ينقص المنفعة، أو يذهبها كلية، إذا أصاب بعضاً من المعقود عليه، أو أتى عليه كلاً؛ فإذا كانت العلة هي الضرر وهو غير مستحق في حد ذاته؛ فهو متحقق في العذر والعيب على السواء، مآلاً لهما؛ فوجب الاعتداد بالمآل، وهو الضرر لا ذات العيب، وإذا كان الضرر الزائد غير المستحق معنى ينتظم العيب والعذر معاً، وجب اتحاد الحكم فيهما لوحدة العلة، والحكم هو وجوب دفع الضرر، ولا يتأتى ذلك إلا بالفسخ. والفرقة بينهما تحكم لا ينهض بها دليل

(١) الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٤، ص ٥٣.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٤، ص ٥٤.

شرعي معتبر، بل في التفرقة بينهما انحراف لأصل العدل الذي يقضي بعدم مشروعية الحكم الضرري بغير حق^(١).

ومما يؤكد هذا المعنى، ما ذكره الإمام السرخسي، حيث قال: «... ثم الفسخ بسبب العيب لدفع الضرر، لا لعين العيب؛ فإذا تحقق الضرر في إيفاء العقد يكون ذلك عذراً في الفسخ، وإن لم يتحقق العيب في المعقود عليه»^(٢).

الدليل الرابع: أن كل سبب لا يملك به المؤجر الفسخ لم يملك به المستأجر الفسخ، كالأجرة لا يكون حدوث الزيادة فيها موجباً لفسخ المؤجر، كما لم يكن حدوث النقصان فيها موجباً لفسخ المستأجر، ولأن نقصانها في حق المستأجر، كزيادتها في حق المؤجر^(٣).

ويجاب عنه: أن إلحاق الأعذار الطارئة على المؤجر، أو المستأجر بالرخص، والغلاء، غير صحيح، لأن النقصان، أو الزيادة، هو من باب فوات الربحية، وفوات الربح لا يشكل ضرراً زائداً لأيٍّ منهما حتى يعجز معه من المضي على موجب العقد؛ فالنقصان بالنسبة للمستأجر لا يشكل عذراً طارئاً، للرضا بالأجرة السابقة، وهي مما يستطيع معها السير على موجب العقد في ظل وجودها؛ فمن باب أولى أن تتوافر الاستطاعة في حالة النقصان، ويقاس على ذلك حالة الزيادة بالنسبة للمؤجر. لذا لا يثبت الفسخ لهما، لأنه يقصد بالفسخ هنا الربح لا دفع الضرر.

(١) الدرني، النظريات الفقهية، ص ١٩١.

(٢) السرخسي، المبسوط، ج ١٦، ص ٣.

(٣) ابن نصر، المعونة على مذهب عالم المدينة، ج ٢، ص ١٠٢. الماوردي، الحاوي الكبير، ج ٧، ص ٣٩٣.

الدليل الخامس: أن ترك التعاقد استيفاء المنافع لمعنى من جهته، وذلك لا يمنع من وجوب الأجرة عليه، كما لو تركها اختياراً^(١).

ويجاب عن ذلك: أن ترك استيفاء المنافع في حالة العذر الطارئ تختلف عن تركها في حالة الاختيار، إذ العذر الطارئ يوجب ضرراً زائداً في حالة الاستمرار على موجب العقد، وهو غير مستحق في العقد؛ فثبت حق الفسخ له.

أما في حالة الاختيار؛ فقد اختار المتعاقد ترك استيفاء المنافع المعقود عليها بمحض إرادته، من غير أن يكون هنالك ضرر يلحقه في نفسه، أو ماله، وهذا مما يوجب الأجرة عليه؛ فافترقا بذلك.

الدليل السادس: أن المعقود عليه في حالة طروء العذر الطارئ في جانب المؤجر، أو المستأجر لا خلل فيه، والاستنابة من كل منهما ممكنة^(٢).
ويجاب عن هذا الاستدلال من ثلاثة وجوه:

الأول: ليس محل العقد هو موضع الاعتبار في التعاقد وحده دائماً، إذ تحتف بعملية التعاقد اعتبارات أخرى، من مثل القدرة على التنفيذ، وظروف التعاقد وأحواله، بحيث تشكل في عمومها الرغبة في إبرام العقد، وهذا مما لا يمكن تجاهله في استمرارية العقد.

الثاني: ما الفائدة من سلامة المحل من الخلل، مع عدم قدرة المدين على تنفيذ الالتزام في الوقت ذاته؟! فسواء كان المحل سليماً، أو معيباً؛ فالمعنى واحد.
الثالث: يمكن تصور الاستنابة في بعض الأحوال؛ إن لم يتعسر ذلك في بعضها، وذلك لعدم وجود من يرغب بذات العين المستأجرة، أو لعدم الكفاءة

(١) ابن قدامة، المغني، ج ٥، ص ٢٧٥.

(٢) الشرييني، مغني المحتاج، ج ٣، ص ٤٨٣. ابن الفراء، التهذيب في فقه الإمام الشافعي، ج ٤، ص ٤٤٨.

أو القدرة على أداء ذات العمل هذا وجه، ومن وجه آخر؛ فمن الذي يقدر، أو ينوب عنه في حالة الإفلاس، أو الدين، أو تغير محل الإقامة، أو تغير الحرفة، أو السفر، أو البلوغ؛ فكيف يمكن الجري على مقتضى قولهم في ذلك. ومن وجه ثالث، يمكن القول بأن الاستنابة دليل عليهم لا لهم، لأنه يعني ضمناً إخلاء المستأجر، وتقديمه لمن يقوم بعملية الإنابة عنه، ومدلول ذلك، إعفاء المدين من عقد الإجارة، وبالتالي من التنفيذ، ومفهومه أن الفسخ ثبت في حقه.

القول الراجح:

ويرجع مما سبق، ما ذهب إليه الحنفية، والظاهرية، والمتيطي من المالكية من أن كلَّ عذر لا يمكن معه استيفاء منفعة المعقود عليه إلا بضرر زائد، غير مستحق في أصل العقد، يلحق أحد المتعاقدين في نفسه، أو ماله، يثبت به حق الفسخ.

وهو قول يتفق مع مبنى عقود المعاوضات في الفقه الإسلامي، إذ مبناها التساوي بين المتعاقدين في تبادل الالتزامات، والمراكز الحقوقية في العقد، وهو مقصد أساسي حرص التشريع الإسلامي على إيجاده، مما وفر الوسائل كافة، والتدابير الشرعية التي تضمن سلامته في العقد في الظروف العادية، أو الاستثنائية منها، مما يمكن القول معه، إن مبدأ العذر الطارئ وسيلة من الوسائل، والتدابير الشرعية التي تضمن أساس الاستقرار في التعامل بين الناس في الأحوال والظروف كافة، والحفاظ على مكتسبات العقد الحقوقية في حالة اختلال العقد بفعل تغير الظروف التي تم التعاقد على أساسها، بما يتفق ومقتضيات العدالة في التشريع الإسلامي، وهي مما استند إليها العقد في أساسه ابتداءً؛ فوجب تحقيقها في مراحل تنفيذه كافة؛ فإذا انتفت، وجب إثباتها استثناءً. ويشهد لذلك الأصول التشريعية العامة - ناهيك عن الأصول الفقهية

الاجتهادية، من أصل النظر في مآلات الأفعال، والقياس على العيب في المبيع قبل القبض التي أثبت فقهاء الحنفية من خلالها أصل مبدأ العذر الطارئ في الفقه الإسلامي - التي تم توجيه وجه الدلالة، والصلة منها على مبدأ العذر الطارئ في موضعه^(١).

منها قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾ [البقرة: ١٨٨]، وقوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَنِ﴾ [النحل: ٩٠]. وقوله تعالى: ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾ [البقرة: ٢٨٦]، وقوله تعالى: ﴿وَمَا جَعَلْ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ [الحج: ٧٨]، وقوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»^(٢)، وما يتفرع عنه من قواعد فقهية من مثل قاعدة: «الضرر يزال»^(٣)، وغير ذلك من الأصول الدالة على منع وقوع أثر العذر الطارئ على أي من طرفي العقد.

ويضاف إلى ذلك، أن مقتضى مبدأ الرضائية في العقود، خاصة اللازمة بين الطرفين منها، يستلزم القول بمبدأ العذر الطارئ، لما يحفظ وجودها ابتداءً وانتهاءً، في أي ظرف وجدت فيه، امتثالاً لقوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ فِجْرَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ [النساء: ٢٩].

ويؤكد ذلك، أن فقهاء المالكية ذهبوا إلى عدم الأخذ بمبدأ العذر الطارئ من حيث التأسيس النظري له، وأثبت الواقع التطبيقي في المذهب خلاف ذلك، إذ أثبتوا حكم الفسخ بالعذر الطارئ في حالات كثيرة استدعى الحال فيها ذلك

(١) انظر من هذا البحث: ص (١٥٩).

(٢) سبق تخريجه: ص (٣٨).

(٣) ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص ٨٥. السيوطي، الأشباه والنظائر، ص ٨٣.

الحكم، مما يعني ذلك أن هنالك حاجة ماسة إلى القول به، ومن هذه الحالات على سبيل المثال، ما يلي:

١- إذا سار المتكاريان بعض الطريق فبلغهما انغلاق الطريق انغلاقاً لا ينكشف إلا في أيام مما يتضرر معه أحدهما؛ فله فسخ الكراء^(١).

٢- إذا ارتحل الناس عن المحلة، يفسخ كراء الدار، لتعذر استقرار الإنسان وحده، وكذلك الحال بالنسبة للفنادق^(٢).

٣- إن من اكترى دواباً ليحمل عليها علفاً يبيعه لقافلة تأتي لمح مل معين؛ فذهبت لغيره؛ فلا كراء عليه، ويفسخ الكراء، وكذا إذا اشترى علفاً لها؛ فلم تأت، لم يلزم العقد^(٣).

٤- إن مرض العبد المرض البين في المدة يوجب الفسخ^(٤).

٥- إن المرأة إذا أجرت نفسها للرضاعة بغير إذن زوجها فله أن يفسخ لما يلحقه من الضرر^(٥).

٦- إذا مرضت المرضع مرضاً لا تقدر معه على الرضاع، أو قدرت عليه، وكان لبنها يضر بالولد؛ فإن الإجارة تفسخ^(٦).

وهذا الأمر ليس غريباً في المذهب المالكي، لأن أصول المذهب تقتضي مثل هذا الحكم في هذه الحالات، وغيرها، إذ تنص على أن المنافع في عقد الإجارة

(١) القرافي، الذخيرة، ج ٦، ص ٤٨.

(٢) القرافي، الذخيرة، ج ٦، ص ٥٣٣ - ٥٣٨.

(٣) الزرقاني، شرح الزرقاني، ج ٧، ص ٣.

(٤) القرافي، الذخيرة، ج ٦، ص ٥٣٤.

(٥) الخرشي، حاشية الخرشي، ج ٧، ص ٢٣٦.

(٦) آل مبارك، تبين المسالك شرح تدريب المسالك، ج ٤، ص ٢١٤.

تستحق شيئاً فشيئاً، وتستحق الأجرة بمقدار ما يقبض منها؛ فإذا تعطلت تلك المنافع على صورة تمنع استيفاءها، فلا تستحق شيئاً من الأجرة، ولكن الغريب في ذلك القول بعدم اعتبار العذر الطارئ في العقود؛ لأنه يتنافى مع أصول المذهب. أما الشافعية، والحنابلة؛ فقد استقاموا مع أصول مذهبهم حين قالوا بعدم اعتبار العذر الطارئ.

هذا، وإذا تعين مبدأ العذر الطارئ، وما ينطوي عليه من أحكام، مخرجاً من الضرر الزائد الناشئ عن الظرف الطارئ، وهو بطبيعته مشقة زائدة عما أوجبه العقد من التزامات، ثبت حكمه شرعاً. وسلامة هذا المخرج يمكن الوقوف عليها في عبارات الإمام الشاطبي في موافقاته، حيث قال: «كلُّ أمر شاقُّ جعل الشارع فيه للمكلف مخرجاً؛ فقصد الشارع بذلك المخرج أن يتحرَّاه المكلف إن شاء، كما جاء في الرخص شرعية المخرج من المشاق؛ فإذا توخى المكلف الخروج من ذلك الوجه الذي شرع له، كان ممثلاً لأمر الشارع، آخذاً بالحزم في أمره، وإن لم يفعل ذلك؛ وقع في محظورين: أحدهما: مخالفته لقصد الشارع، سواء كانت تلك المخالفة في واجب، أو مندوب، أو مباح. الثاني: سدَّ أبواب التيسير عليه، وفقد المخرج عن ذلك الأمر الشاق، الذي طلب الخروج عنه بما لم يُشرع له»^(١).

المطلب الرابع

الأعذار التي تفسخ بها الإجارة

الأعذار التي تفسخ بها الإجارة تنقسم إلى قسمين:

(١) الشاطبي، الموافقات، ج ١، ص ٥٣١، ٥٣٢.

الأول: الأعذار التي تلحق طريق العقد (المستأجر، والمؤجر) :

أ- الأعذار التي تقع في جانب المستأجر: وضع القائلون بالعدر الطارئ عدداً من تطبيقات العذر الطارئ تلحق المستأجر في نفسه، أو ماله، يُذكر منها على سبيل المثال، ما يلي:

١- المرض: إن مرض المستأجر، وهو من كان يعمل بنفسه؛ فهو عذر، لأنه تعذر عليه استيفاء المعقود عليه بنفسه. أما إذا كان يعمل أجراً؛ فليس هذا عذراً، لأنه يتمكن من استيفاء المعقود عليه، كما قصده بالعقد^(١).

٢- السفر: إذا عزم المستأجر على إرادة السفر، كان عذراً في الفسخ، لما في ترك السفر، والإبقاء على العقد مع العزم عليه من ضرر يلحق به، لأنه لا يمكنه الانتفاع من المعقود عليه إلا بحبس نفسه، وهو ضرر، وأيضاً لما فيه من لزوم الأجرة من غير استيفاء المنفعة^(٢).

وكذلك إذا أراد التحول من بلد إلى بلد؛ لأنه لو لزمه الامتناع من التحول تضرر به ضرراً لم يلتزمه بالعقد، وبعد خروجه لا يتمكن من الانتفاع بالمعقود عليه^(٣).

٣- الإفلاس: إذا أفلس المستأجر، وقام من السوق؛ فهو عذر، وله أن ينقض الإجارة؛ لأن الاستئجار للانتفاع، والمفلس لا ينتفع بالمعقود عليه، من بيت، أو حانوت، ونحو ذلك؛ فكان في إبقاء العقد من غير استيفاء المنفعة إضرار به لم يلتزمه في العقد^(٤).

(١) السرخسي، المبسوط، ج ١٦، ص ٧.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٤، ص ٥٤. ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج ٩، ص ٩٧.

(٣) السرخسي، المبسوط، ج ١٦، ص ٤.

(٤) الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٤، ص ٥٤. السرخسي، المبسوط، ج ١٦، ص ٤.

٤- ترك العمل: إذا ترك المستأجر عمله، كان عذراً في الفسخ، لأن إبقاء العقد من غير استيفاء المنفعة المعقود عليها ضار به ^(١).

٥- الانتقال من حرفة إلى أخرى: الانتقال من عمل إلى آخر، أو من تجارة إلى أخرى لا يكون إلا للإعراض عن الأول، ورغبته عنه، لما قد يروج في وقت دون آخر، كالتجارة تروج في وقت، وتبور في آخر؛ فإذا منع من الانتقال فقد يضر ذلك به، وإن أبقى على العقد بعد الانتقال؛ فالأجرة تلزمه من غير استيفاء للمنفعة المعقود عليها، وهذا ضرر زائد لم يلتزمه بالعقد ^(٢).

٦- موت المستأجر: إذا مات المستأجر انفسخ العقد؛ لأن العقد لو بقي إنما يبقى على أن يخلفه وارثه، والمنفعة المجردة لا تورث، إذ المنفعة الموجودة في حياة المستأجر لا تبقى لتورث، لأنها تلاشت، فكيف يورث المعدوم، فما يحدث منها بعد ذلك يحدث بعد موته، لم تكن مملوكة له ليخلفه الوارث فيها، كعقد النكاح، فهو يرتفع بالموت، ولا يخلفه فيه ورثته ^(٣).

وتفسير ذلك، أن الحنفية تقضي أصولهم بأن المنافع غير مملوكة بالعقد، لأنها غير موجودة، وإنما تنعقد شيئاً فشيئاً بحسب حدوثها؛ فإذا طرأت بعد الموت في ملك الوارث فهي لهم؛ فلا يستحق بعقد الميت، لأن الميت لم يملك تلك المنافع، لأنها لم تحدث على ملكه، وإنما حدثت على ملك غيره؛ فلم يصح لوارثه ملك هذه المنافع ^(٤).

(١) ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج ٩، ص ٩٧. الطوري، تكملة البحر الرائق، ج ٨، ص ٦٥.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٤، ص ٥٤. السرخسي، المبسوط، ج ١٦، ص ٥.

(٣) العيني، البناية شرح الهداية، ج ١٠، ص ٣٤٤. الزيلعي، تبين الحقائق، ج ٦، ص ١٥٨. الطوري، تكملة البحر الرائق، ج ٨، ص ٦٣.

(٤) الطحاوي، مختصر اختلاف العلماء، ج ٤، ص ١٢٩، ١٣٠.

هذا، إذا كانت الإجارة لنفسه، أما إن كان عقدها لغيره فلا تفسخ لبقاء من عقد له العقد^(١).

ب- الأعدار التي تقع في جانب المؤجر: قد تلحق المؤجر بعض الأعدار التي يعجز معها عن المضي على موجب العقد الذي أبرمه إلا بضرر زائد، ومن هذه الأعدار ما يلي:

١- الدين الفادح: أن يلحق المؤجر دين فادح لا يجد قضاؤه إلا من ثمن المستأجر، من عقار، وغيره، وهذا إذا كان الدين ثبت قبل عقد الإجارة بالبينة، أو بالإقرار، أو ثبت بالبينة بعد عقد الإجارة. أما إذا ثبت بعد عقد الإجارة بالإقرار؛ فقد اختلف في ذلك؛ فذهب أبو حنيفة إلى أن الدين الثابت بالإقرار بعد عقد الإجارة تفسخ به الإجارة؛ لأن الإنسان في الظاهر لا يقرّ بالدين على نفسه كاذباً. وذهب أبو يوسف ومحمد إلى أن الدين الثابت بالإقرار بعد عقد الإجارة لا تفسخ به الإجارة؛ لأنه متهم في هذا الإقرار.

وجعل الدين عذراً في فسخ الإجارة؛ لأن إبقاء الإجارة مع حقوق الدين الفادح إضراراً بالمؤجر، إذ يجري على موجب العقد في هذه الحالة إلزام ضرر زائد لم يستحق بالعقد، وهو الحبس؛ لأن القاضي يحبس له لقضاء الدين. وهذا العذر من جانب المؤجر بناء على أن بيع المؤجر لا ينفذ من غير إجازة المستأجر^(٢).

٢- وجود العيب في المعقود عليه: إذا اشترى المؤجر شيئاً فأجره ثم اطلع على عيب به، له أن يفسخ الإجارة، ويرده بالعيب على بائعه، وإن رضي

(١) الطوري، تكملة البحر الرائق، ج ٨، ص ٦٣، ٦٤. السمرقندي، الفقه النافع، ج ٥، ص ١١٣٨.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٤، ص ٥٥. المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدي، ج ٣، ص ٢٤٥. العيني، البناية شرح الهداية، ج ١٠، ص ٣٤٨.

المستأجر بالعيب، ويجعل حق الردّ بالعيب عذراً له في فسخ الإجارة، لأنه لا يقدر على استيفائها إلا بضرر زائد، وهو التزام المبيع المعيب^(١).

٣- ترك الحرفة: لو أجر صانع من الصنائع، أو عامل من العمال نفسه لعمل، أو صناعة، ثم قال بدا لي أن أترك هذا العمل، وانتقل منه إلى غيره. قال محمد: إن كان ذلك من عمله، بأن كان حجاماً؛ فقال: قد أنفت من عملي، وأريد تركه لم يكن له ذلك، ويقال له: أوفِ العمل ثم انتقل إلى ما شئت من العمل، لأن العقد قد لزمه، ولا عار عليه فيه، ولأنه من أهل تلك الحرفة؛ فهو بقوله: أريد أن أتركه يريد أن يدفع عنه في الحال، ويقدر على ذلك بعد انقضاء العمل. وإن كان ذلك العمل ليس من عمله، وصنعتة، بل أسلم نفسه فيه، وذلك مما يعاب به كان عذراً له^(٢).

٤- موت المؤجر: إذا مات المؤجر، انفسخ عقد الإجارة؛ لأن المستحق بالعقد المنافع التي تحدث على ملكه، وقد فات ذلك بموته، ولأن الدار تنتقل إلى وارثه، ومنفعتاتها تحدث على ملكه، وعقد الإجارة يقتضى استيفاء المنافع من ملك المؤجر، لا من ملك غيره؛ فلو بقي عقد الإجارة لزم استيفاء المنافع من ملك الغير، وهذا لا يجوز^(٣).

الثاني: الأعدار التي تلحق محل العقد (المعقود عليه) :

مرّ سابقاً، أنّ محل العقد عرضة لوقوع العذر الطارئ عليه، ويأخذ أثره الشكّلين الآتيين:

(١) الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٤، ص ٥٥.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٤، ص ٥٦.

(٣) الزيلعي، تبين الحقائق، ج ٦، ص ١٥٨. الشلي، حاشية الشلي مطبوع بهامش تبين الحقائق، ج ٦، ص ١٥٧. الهروي، فتح باب العناية بشرح النّقاية، ج ٢، ص ٤٤٥.

الأول: الهلاك الكلي (فوات المنفعة من المعقود عليه كلياً): وجاء في موضعه أن الهلاك الكلي محل العقد يوجب الانفساخ بين المتعاقدين، كانهدام الدار، ونحوه، وذلك على رأي الحنفية في القول الصحيح^(١)، والمالكية^(٢)، والشافعية في القول الراجح^(٣)، والحنابلة في الرواية الراجعة^(٤). وجاء في القول الآخر أن فوات محل العقد يثبت به حق الفسخ للمستأجر، وهو ما ذهب إليه الحنفية في قول^(٥)، والشافعية في القول المرجوح^(٦)، والحنابلة في رواية^(٧)، وثبت أن الفوات الكلي محل العقد يوجب انفساخ العقد بين المتعاقدين، لأن المنفعة المطلوبة بالعقد قد ذهبت كلياً، ولم يعد هنالك ما ينتفع به.

الثاني: الهلاك الجزئي (فوات المنفعة من المعقود عليه جزئياً): وجاء أيضاً، أن الهلاك الجزئي محل العقد يوجب خيار الفسخ للمستأجر؛ فيخير بين الفسخ والإمضاء^(٨).

هذا، وقد اشترك المالكية، والشافعية، والحنابلة مع الحنفية في الأعذار التي تصيب محل عقد الإجارة، إذ الموجب عندهم في فسخ العقد حصول الخلل في المعقود عليه مما يتعدّر معه استيفاء المنفعة منه، ومن ذلك:

-
- (١) الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٤، ص ٥٢. الزيلعي، تبين الحقائق، ج ٦، ص ١٥٧.
 - (٢) الخرشي، حاشية الخرشي، ج ٧، ص ٢٦٩. ابن نصر، المعونة على مذهب عالم المدينة، ج ٢، ص ١٠٢.
 - (٣) النووي، روضة الطالبين، ج ٤، ص ٣١١، ٣١٢. الرملي، نهاية المحتاج، ج ٥، ص ٣١٦.
 - (٤) البهوتي، كشف القناع، ج ٤، ص ٢٧. الرحيباني، مطالب أولي النهى، ج ٣، ص ٦٥٩.
 - (٥) الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٤، ص ٥٢. العيني، البناية شرح الهداية، ج ١٠، ص ٣٤٢.
 - (٦) الماوردي، الحاوي الكبير، ج ٧، ص ٣٩٩.
 - (٧) المرداوي، الإنصاف، ج ٦، ص ٣٢. التنوخي، الممتع في شرح المقنع، ج ٣، ص ٤٧٤.
 - (٨) العيني، البناية شرح الهداية، ج ١٠، ص ٣٤١. القرافي، الذخيرة، ج ٦، ص ٥٣١. الرملي، نهاية المحتاج، ج ٥، ص ٣١٦. المرداوي، الإنصاف، ج ٦، ص ٦٢. ورد في مذهب الحنابلة رواية مؤداها أن المستأجر يملك الإمساك مع الأرض.

١- براء العضو المصاب: من ضرر، أو يد متأكلة، ونحو ذلك، يوجب فسخ عقد الإجارة، سواء أكان التعاقد مع طبيب، أم مستشفى، لذهاب محل العقد بالبراء من الألم^(١).

٢- ظهور صلابة: من صخر، وحجر، أو رخاوة من ماء أثناء حفر بئر، وما شاكله من أنواع الحفر، مما يمتنع معه القدرة على الحفر، فيفسخ العقد لعجزه عن المضي في موجب العقد إلا بضرر لم يلتزمه^(٢).

٣- بلوغ الصبي المستأجر في المدة: فإذا أجره أبوه، أو جده أو وصي أبيه، أو القاضي، أو أمينه، لخدمة مثلاً؛ فبلغ أثناء مدة العقد؛ فهو عذر إن شاء أمضى الإجارة، وإن شاء فسخ، لأن في إبقاء العقد بعد البلوغ ضرراً بالصبي؛ فيعجز عن المضي في موجب العقد إلا بضرر لم يلتزمه؛ فكان عذراً. أما لو أجر واحد من هؤلاء شيئاً من ماله من دار، أو سيارة، أو أرض، ونحو ذلك؛ فبلغ أثناء مدة العقد؛ فلا خيار له^(٣).

(١) السرخسي، المبسوط، ج ١٦، ص ٣. الخرشي، حاشية الخرشي، ج ٧، ص ٣٧٠. النووي، روضة الطالبين، ج ٤، ص ٣١٨. البهوتي، كشف القناع، ج ٤، ص ٢٧.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٤، ص ٥٥. ذهب الكاساني إلى تصنيف هذا المثال في جانب المستأجر، على اعتبار أنه في حالة الاستمرار في عملية الحفر يلحقه التلف، والصحيح أن وضع هذا المثال يكون في جانب العين المؤجرة أقوى منه من أن يكون في جانب المستأجر، لأن التعذر أت من محل العقد، لا من المستأجر. ابن الفراء، التهذيب في فقه الإمام الشافعي، ج ٤، ص ٤٤٩. ابن النجار، منتهى الإرادات، ج ٣، ص ١٠٣.

(٣) الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٤، ص ٥٧. القرافي، الذخيرة، ج ٦، ص ٥٤٠. آل مبارك، تبين المسالك شرح تدريب المسالك، ج ٤، ص ٢١٧، ٢١٨. وهذا قول المالكية في الأرجح. وذهب أشهب إلى أن العقد على مال الصبي، كالعقد على نفسه، لا يلزمه إلا إذا ظن الولي عدم بلوغه، وبقي كالشهر. النووي، روضة الطالبين، ج ٤، ص ٣١٩. ابن قدامة، المغني، ج ٥، ص ٢٨٢. وقيل ليس له فسخ الإجارة.

والفرق بين إجارة النفس، والمال، أن إجارة ماله تصرف نظر - للمصلحة - في حقه فلا يملك إبطاله بالبلوغ، فأما إجارة النفس؛ فهي في وضعها إضرار، وإنما يملكها الولي، أو الوصي من حيث هي تأديب، وقد انقطعت ولاية التأديب بالبلوغ^(١).

المطلب الخامس

الأعذار التي لا تُعد أسباباً لفسخ الإجارة

قد يطرأ على العقد بعض من الأعذار، ولكنها من وجهة نظر فقهاء الحنفية لا تُعد أسباباً موجبة لفسخ عقد الإجارة بين المتعاقدين، وذلك لإمكان استيفاء المنفعة من العقد من غير ضرر زائد لاحق بأيٍّ من المتعاقدين؛ إذ الضرر الناشئ عنها في حالة الإيفاء بالعقد لا يتجاوز قدر ما التزمه أيُّ منهما عند العقد، ومفاد ذلك، أن موجب الفسخ، وهو الضرر الزائد لم يتحقق في هذه الصور، وبالتالي لا يثبت الحكم بالفسخ فيها، انتفاء لعلّة الفسخ منها، ومن هذه الصور، ما يلي:

١- الغلاء أو الرخص في أجرة المثل: إنَّ غلاء أجرة المثل في الإجارة لا يعد عذراً موجباً لفسخ العقد؛ فإذا أجر شخص داراً ثم غلا أجر مثل الدار، ليس له أن يفسخ العقد، إلا في إجارة الوقف؛ فإنه يفسخ العقد، نظراً للوقف، ويجدد العقد في المستقبل على أجرة معلومة، وفيما مضى يجب المسمى بقدره، وكذلك الأمر بالنسبة لحالة الرخص؛ فإن الإجارة لا تنفسخ، لأن المستأجر رضي بالأجر السابق، كما ينطبق الأمر على الوقف، إذ الفسخ فيه عند الغلاء لمعنى النظر للوقف، وفي الرخص ضرر؛ فلا يفسخ^(٢).

(١) الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٤، ص ٥٧.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٤، ص ٥٧.

٢- بيع العين المؤجرة: إذا أراد صاحب البيت مثلاً أن يبيعه؛ فليس هذا بعذر، لأنه لا ضرر عليه في إيفاء العقد إلا قدر ما التزمه عند العقد، وهو الحجر على نفسه من التصرف في المستأجر إلى انتهاء المدة^(١).

٣- فسق المستأجر، وإظهار المنكرات في العين المستأجرة: إذا أظهر المستأجر في الدار المنكرات من شرب الخمر، والقمار، وأكل الربا، والزنا، ونحو ذلك؛ فإنه لا يُعد عذراً في الفسخ، وليس للمؤجر، ولا لجيرانه أن يخرجوه من الدار، وإنما يؤمر بالمعروف، وينهى عن المنكر^(٢).

٤- انهدام منزل المؤجر: إذا انهدم منزل المؤجر، وليس له منزل آخر سوى المنزل المؤجر؛ فأراد أن ينقض الإجارة، ويسكن فيه، ليس له ذلك، لأنه لا ضرر عليه فوق ما التزمه بالعقد؛ فإنه يمكنه أن يستأجر منزلاً آخر، أو يشتري؛ فلا ضرورة عندئذ إلى الفسخ^(٣).

٥- السفر، أو التحول من البلد: إذا أراد المؤجر السفر، أو التحول من البلد، وقد أجر عقاراً له؛ فليس ذلك بعذر، لأن استيفاء منفعة العقار مع غيبته لا ضرر عليه فيها؛ لأنه لا يخرج المنزل مع نفسه؛ فلا يلحقه ضرر فوق ما التزمه بالعقد، وهو ترك المنزل في يد المستأجر إلى هذه المدة. وهذا بخلاف المستأجر إذا أراد أن يخرج^(٤).

(١) السرخسي، المبسوط، ج ١٦، ص ٤.

(٢) ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج ٩، ص ٩٥. العيني، البناية شرح الهداية، ج ١٠، ص ٣٤٩.

(٣) السرخسي، المبسوط، ج ١٦، ص ٤. الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٤، ص ٥٦.

(٤) السرخسي، المبسوط، ج ١٦، ص ٤. الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٤، ص ٥٥-٥٦. داماد أفندي، مجمع الأنهر، ج ٣، ص ٥٥٧.

٦- شراء المستأجر منزلاً، وأراد التحول إليه: إذا اشترى المستأجر منزلاً فأراد التحول إليه، لم يكن ذلك عذراً؛ لأنه يمكنه، أن يؤجر دار نفسه؛ فشراؤه داراً أخرى لا يوجب عذراً في الدار المستأجرة، لأنه لا يلحقه ضرر إلا ما التزمه بالعقد، وهو التزام الأجر عند استيفاء المنفعة^(١).

٧- التحول من البيت المستأجر إلى آخر للوسع، أو الرخص: إذا أراد المستأجر التحول من بيت إلى آخر، هو أرخص أو أوسع منه، لم يكن عذراً، لأنه لا يلحقه ضرر إلا ما التزمه بالعقد، وهنا يقصد بالفسخ الربح، لا دفع الضرر^(٢).

وكذلك الحال فيما إذا أراد المستأجر أن ينتقل من حانوت إلى آخر ليعمل ذلك العمل بعينه في الثاني، لما أن الثاني أرخص وأوسع عليه، لم يكن ذلك عذراً؛ لأنه يمكنه استيفاء المنفعة من الأول من غير ضرر، وإنما بطلت زيادة المنفعة، وقد رضي بالقدر الموجود منها في الأول^(٣).

ويظهر بهذا القدر من التطبيقات في الفقه الحنفي، أن الضرر الناشئ عن ذات الالتزام، لا يوجب الفسخ في عقد الإجارة، لأنه ملتزم أصلاً في العقد، ونشأ عن إرادة المتعاقدين عند إنشاء العقد؛ فلا يعتد به للاستناد إليه في فسخ العقد.

المطلب السادس

كيفية فسخ الإجارة بالأعذار

إن طرأ العذر الطارئ على عقد الإجارة، يوجب الفسخ بين المتعاقدين - على القول الراجح، ولكن هل توجب الأعذار في الإجارة الانفساخ بنفسها، أم تحتاج إلى الفسخ، للحنفية في ذلك ثلاثة أقوال^(٤):

(١) الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٤، ص ٥٦. السرخسي، المبسوط، ج ١٦، ص ٥.

(٢) السرخسي، المبسوط، ج ١٦، ص ٥.

(٣) الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٤، ص ٥٤.

(٤) الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٤، ص ٥٨.

القول الأول: إن طرء الأعذار على الإجارة توجب انفساؤها بنفسها.
القول الثاني: إن طرء الأعذار على الإجارة لا توجب الانفساخ بنفسها، وإنما تحتاج إلى الفسخ.

القول الثالث: فيه تفصيل؛ فينظر إلى العذر إن كان يوجب العجز عن المضي في موجب العقد شرعاً، بأن كان المضي فيه حراماً؛ فالإجارة تنتقض بنفسها، كما في الإجارة على قطع اليد المتأكلة إذا برئت، ونحو ذلك.

وإن كان العذر بحيث لا يوجب العجز عن ذلك، لكنه يتضمن ضرراً لم يوجبه العقد، لا يفسخ إلا بالفسخ، وهل يحتاج فيه إلى فسخ القاضي، أو التراضي. ذهبوا في ذلك على ثلاثة أقوال:

القول الأول: إنه لا يحتاج إليه، بل للعاقد فسخها.

ووجه ذلك: أن المنافع في الإجارة لا تملك جملة واحدة، بل شيئاً فشيئاً؛ فكان اعتراض العذر بمنزلة عيب حدث قبل القبض في المبيع، والعيب الحادث قبل القبض في باب البيع، يوجب للعاقد حق الفسخ، ولا يقف ذلك على القضاء، والرضا؛ فكذلك الحال هنا ^(١).

القول الثاني: إنها لا تنفسخ إلا بفسخ القاضي، أو التراضي.

ووجه ذلك: أن هذا خيار ثبت بعد تمام العقد، فأشبه الرد بالعيب بعد القبض، لأن الفسخ مختلف فيه - فيه خلاف مالك، والشافعي، وأحمد؛ فيتوقف على القضاء، ليرتفع الخلاف، كالرجوع في الهبة ^(٢).

(١) الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٤، ص ٥٨، الطوري، تكملة البحر الرائق، ج ٨، ص ٦٥. الزيلعي، تبين الحقائق، ج ٦، ص ١٦١.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٤، ص ٥٨. الزيلعي، تبين الحقائق ج ٦، ص ١٦١. ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار ج ٩، ص ٩٥. العيني، البناية شرح الهداية، ج ١٠، ص ٣٤٩.

القول الثالث: ذهب بعضهم إلى التفصيل فيه؛ فقالوا: إن كان العذر ظاهراً؛ بأن اختلعت المرأة، أو ماتت فيما إذا استأجر لطبخ طعام الوليمة، أو برئت يد إذا استأجر لقطعها من الأكلة، أو سكن وجع سنه إذا استأجر لقلعه، فلا حاحه إلى القضاء، وإن كان خفياً كالدين يشترط القضاء ليظهر العذر فيه، ويزول الاشتباه^(١).

هذا، وقد اختلف في تصحيح هذه الأقوال؛ فذهب البعض إلى أن انفراد العاقد بالفسخ، هو الصحيح، وذهب البعض إلى أن فسخ الإجارة بحكم القضاء، هو الأصح، وذهب البعض إلى أن التفريق بين العذر الظاهر، والعذر الخفي، هو توفيق بينهما، وهو الأصح^(٢).

والتحقيق في ذلك، أن الفسخ إذا وقع بين المتعاقدين بالتراضي، نفذ، لأن الأمر يرجع إليهما؛ فإذا اتفقا عليه، كان ذلك؛ فأما إن اختلفا في ذلك - وهو أكثر ما يقع في الأعذار الخفية - رفع الأمر إلى القضاء للنظر في حقيقة العذر الطارئ، ومدى تحققه، وحجم الضرر الناشئ عنه، وقدرة المتعاقد على المضي في موجب العقد، رفعاً للنزاع، والخلاف بين المتعاقدين في ذلك.

(١) الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٤، ص ٥٨. العيني، البناية شرح الهداية، ج ١٠، ص ٣٤٨، ٣٤٩. الهروي، فتح باب العناية بشرح الثقات، ج ٢، ص ٤٤٤.

(٢) ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج ٩، ص ٩٥. الهروي، فتح باب العناية بشرح الثقات، ج ٢، ص ٤٤٤. الطوري، تكملة البحر الرائق، ج ٨، ص ٦٥. العيني، البناية شرح الهداية، ج ١٠، ص ٣٤٩.

المبحث الثاني أثر العذر الطارئ في عقد المزارعة

المطلب الأول تعريف المزارعة لغة واصطلاحاً

الفرع الأول: تعريف المزارعة لغة :

المزارعة في اللغة هي المعاملة على الأرض ببعض ما يخرج منها، وهي مأخوذة من: زَرَعَ؛ يقال: زرع الحب يزعه زرعاً، وزراعة: بَذَره، والاسم الزُّرع، وقد غلب على البرِّ، والشعير، وجمعه: زروع، وقيل: الزرع نبات كل شيء يحترث، وقيل: الزرع طرح البذر؛ يقال: الله يزرع الزرع، أي: ينميه حتى يبلغ غايته، وأيضاً: الإنبات؛ يقال: زعه الله، أي: أنبته^(١).

قال ابن فارس: «الزاء، والراء، والعين، أصلٌ يدلُّ على تنمية الشيء... والزُّرع اسم لما نبت، والأصل في ذلك كله واحد»^(٢).

الفرع الثاني: تعريف المزارعة اصطلاحاً:

لم يخرج استعمال الفقهاء للمزارعة في الاصطلاح الفقهي عن المعنى اللغوي؛ فقد مرَّ في التعريف اللغوي أن الدلالة اللغوية للمزارعة هي: المعاملة

(١) ابن منظور، لسان العرب، ج٦، ص٣٦، ٣٧. ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، ج٣، ص٥١. الفيروزآبادي، القاموس المحيط، ص٦٥٢. الفيومي، المصباح المنير، ج١، ص٢٥٢. الرازي، مختار الصحاح، ص١٣٩.

(٢) ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، ج٣، ص٥١.

على الأرض بيعض ما يخرج منها، ويكون البذر من المالك^(١). وهي ذات الدلالة التي أشار إليها الفقهاء في المعنى الفقهي للمزارعة، مع مراعاة ضوابط هذه المعاملة في كل مذهب، وهذه الدلالة الاصطلاحية هي: العقد على الزرع بيعض الخارج من الأرض، بشرائطه الموضوعة له شرعاً^(٢).

المطلب الثاني

صفة عقد المزارعة من حيث اللزوم وعدمه

اختلف الفقهاء في صفة عقد المزارعة من حيث اللزوم والجواز على قولين:
القول الأول: ذهب الحنفية^(٣)، والمالكية^(٤)، والحنابلة في رواية^(٥) إلى أن عقد المزارعة لازم في الجملة، أما من حيث التفصيل؛ فقد ذهب الحنفية^(٦) إلى أن

(١) الفيروزآبادي، القاموس المحيط، ص ٦٥٢. الفيومي، المصباح المنير، ج ١، ص ٢٥٢.
(٢) الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٥، ص ٢٥٤. الزيلعي، تبين الحقائق، ج ٦، ص ٤٢٩. العيني، البناية شرح الهداية، ج ١١، ص ٤٧٥. الخطاب، مواهب الجليل، ج ٧، ص ١٥٣. ابن جزي، القوانين الفقهية، ص ١٨٥. التسولي، البهجة في شرح التحفة، ج ٢، ص ٢٨٦. وحدها: «الشركة في الزرع، ولفظ الحرث». النووي، روضة الطالبين، ج ٤، ص ٢٤٣. الماوردي، الحاوي الكبير، ج ٧، ص ٤٥٠. الشربيني، مغني المحتاج، ج ٣، ص ٤٢٣. وحدها: «عمل الأرض بيعض ما يخرج منها، والبذر من المالك». ابن مفلح، المبدع شرح المقنع، ج ٤، ص ٤٠٠. ابن النجار، منتهى الإرادات، ج ٣، ص ٤٩. ابن قدامة، المغني، ج ٥، ص ٢٥١. وحدها: «دفع الأرض إلى من يزرعها، أو يعمل عليها، والزرع بينهما».

(٣) نظام وآخرون، الفتاوى الهندية، ج ٥، ص ٢٩٤. الزيلعي، تبين الحقائق، ج ٦، ص ٤٣٠.
(٤) الخطاب، مواهب الجليل، ج ٧، ص ١٣٥. ابن عرفة، حاشية الدسوقي، ج ٣، ص ٣٧٢.
(٥) المرداوي، الإنصاف، ج ٥، ص ٤٢٧. ابن مفلح، المبدع شرح المقنع، ج ٤، ص ٣٩٥. التنوخي، المتمتع في شرح المقنع، ج ٣، ص ٤٢٥.
(٦) الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٥، ص ٢٦٤. ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، ج ٩، ص ٣٣١. الشلبي، حاشية الشلبي، مطبوع بهامش تبين الحقائق، ج ٦، ص ٤٣١. نظام وآخرون، الفتاوى الهندية، ج ٥، ص ٢٩٤. ابن مودود، الاختيار لتعليل المختار، ج ٣، ص ٧٧.

المزارعة لازمة من قبل من لا بذر من جهته، حتى لا يملك الفسخ إلا بعذر، وغير لازمة من قبل من له البذر قبل إلقاء البذر في الأرض، حتى يملك الفسخ من غير عذر، وبعد إلقاء البذر في الأرض تصير لازمة من الجانبين، حتى لا يملك أحدهما الفسخ بعد ذلك إلا بعذر.

ووجه ذلك، أن صاحب البذر لا يمكنه الوفاء بالعقد إلا بإتلاف ماله، وهو البذر، لأن البذر يهلك في التراب؛ فلا يكون الشروع فيه ملزماً في حقه؛ إذ الإنسان لا يجبر على إتلاف ماله، وليس الأمر كذلك من جانب العامل؛ فكانت لازمة من قبله.

واختلف المالكية في وقت لزوم على ثلاثة أقوال^(١):

. القول الأول: ذهب ابن القاسم إلى أن المزارعة لا تلزم بمجرد الصيغة، وإنما تلزم بالبذر؛ فلكل واحد له أن ينفصل عن صاحبه ما لم يبذر.

القول الثاني: ذهب سحنون^(٢)، وابن الماجشون،

(١) الخطاب، مواهب الجليل، ج ٧، ص ١٥٣، ١٥٤. التسولي، البهجة في شرح التحفة، ج ٢، ص ٢٨٨. ابن عرفة، حاشية الدسوقي، ج ٣، ص ٣٧٢. الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك، ج ٣، ص ٣١٢.

(٢) سحنون هو: عبد السلام بن سعيد بن حبيب بن حسان بن هلال بن بكار بن ربيعة التنوخي، أبو سعيد، ولقب سحنون باسم طائر بالمغرب يسمونه سحنوناً لحدة ذهنه، وذكائه، فقيه مالكي، ثقة، أصله شامي من حصص، ولي القضاء بالقيروان، وصنف كتاب «المدونة» في مذهب الإمام مالك، وأخذها عن ابن القاسم، وكان أول من شرع في تصنيف المدونة أسد بن الفرات بعد رجوعه من العراق، وأصلها أسئلة سأل عنها ابن القاسم فأجابها عنها، وجاء بها أسد إلى القيروان، وكتبها عنه سحنون، تفقه بابن القاسم، وابن وهب، وأشهب، وابن عبد الحكم، ومطرف وغيرهم، وعنه ابنه محمد، ومحمد بن عبدوس، وغيرهم، كانت ولادته أول ليلة من شهر رمضان سنة ستين ومائة، توفي في يوم الثلاثاء لتسع خلون من رجب سنة أربعين ومائتين. انظر: الشيرازي، طبقات الفقهاء، ص ١٦٠. ابن خلكان، وفیات الأعيان، ج ٣، ص ١٨٠، ١٨١، ١٨٢. مخلوف، شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، ص ٦٩، ٥٨٥، ٥٨٦، ٦٢٤.

وابن كنانة^(١) إلى أن المزارعة تلزم بالعقد، وهو قول لابن القاسم. وهذا القول وقع الحكم به في المذهب على الأصح.

القول الثالث: ذهب ابن كنانة إلى أن المزارعة تلزم بالعقد إذا انضم إليه عمل.

وإنما وقع الخلاف في المذهب في صفة اللزوم في عقد المزارعة، لأنها شركة عمل وإجارة؛ فمن غلب الشركة، لم يرها لازمة بالعقد، لأن شركة العمل إنما تلزم بالعمل، وجازت على التكافؤ والاعتدال، ومن غلب الإجارة ألزمها بالعقد، وأجاز التفاضل بينهما^(٢).

ووجه ذلك، ما يلي:

١ - أن عقد المزارعة عقد معاوضة؛ فكان لازماً كالإجارة^(٣):

وأجيب عنه، أن الإجارة بيع، والبيع يقع لازماً؛ فكانت لازمة كبيع الأعيان، وهذا بخلاف عقد المزارعة، إذ هو عقد على المال بجزء من نمائه؛ فكانت أشبه بالمضاربة منه من الإجارة؛ فانتقض القياس بها^(٤).

(١) ابن كنانة هو: عثمان بن عيسى بن كنانة، أبو عمرو المدني، وكنانة مولى عثمان بن عفان، كان من فقهاء المدينة، وأخذ عن مالك، وغلبه الرأي، وكان يحضره لمناظرة أبي يوسف عند الرشيد، وهو الذي جلس في حلقة مالك بعد وفاته، توفي سنة ست وثمانين ومائة، وقيل: سنة خمس وثمانين. انظر: عياض، ترتيب المدارك وتقريب المسالك لمعرفة أعلام مذهب مالك، ج ١، ص ٢٩٢، ٢٩٣. الشيرازي، طبقات الفقهاء، ص ١٥٢.

(٢) الخطاب، مواهب الجليل، ج ٧، ص ١٣٥. ابن عرفة، حاشية الدسوقي، ج ٣، ص ٣٧٢. الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك، ج ٣، ص ٣١٢.

(٣) مياره، شرح مياره الفاسي، ج ٢، ص ١٩٨. ابن قدامة، المغني، ج ٥، ص ٢٤٤. التنوخي، المتع في شرح المقنع، ج ٣، ص ٤٢٥.

(٤) التنوخي، المتع، شرح المقنع، ج ٣، ص ٤٢٥. ابن مفلح، المبدع شرح المقنع، ج ٤، ص ٣٩٤. ابن قدامة، المغني، ج ٥، ص ٢٤٤.

وينتقض هذا الاعتراض، بأن عقد المزارعة يرد على منفعة الأرض من قبل المالك، وعلى منفعة العامل من قبل العامل، ثم تستوفى منفعة كل منهما شيئاً فشيئاً إلى أن يبلغ الثمر الحصاد، وهذا ألصق ما يكون بالإجارة من المضاربة.

وأجيب عنه من وجه آخر، أن المزارعة أشبه بالمساقاة من الإجارة؛ فكان القياس عليها أولى من الإجارة^(١).

وينقض هذا الاعتراض، بأن المساقاة فصل مختلف فيه، فلا يستدل به على محل النزاع، وهذا بخلاف الإجارة.

٢- أن عقد المزارعة إذا كان جائزاً، جاز لرب المال فسخه إذا أدركت الثمرة؛ فيسقط حق العامل، وذلك إضرار به^(٢).

. وأجيب عنه: أن الثمرة إذا ظهرت فهي تظهر على ملكهما؛ فلا يسقط حق العامل منها بفسخ، ولا غيره، كما لو فسخت المضاربة بعد ظهور الربح، فمتى فسخ أحدهما بعد ظهور الثمرة فهي بينهما على ما شرطاه، وعلى العامل تمام العمل، كما يلزم المضارب بيع العروض إذا فسخت المضاربة بعد ظهور الربح، وإن فسخ العامل قبل ذلك؛ فلا شيء له؛ لأنه رضي بإسقاط حقه؛ فصار كعامل المضاربة إذا فسخ قبل ظهور الربح، وإن فسخ رب المال قبل ظهور الثمرة فعليه أجر المثل للعامل، لأنه منعه إتمام عمله الذي يستحق به العوض^(٣).

ويجاب عنه؛ أن القول بثبوت الملك في الثمرة بعد ظهورها هو إثبات لصفة اللزوم في عقد المزارعة، للإيفاء بالالتزامات الواردة فيه، وعندئذ لا يمكن الفسخ من أي منهما حفظاً لها، وهذه هي صفة اللزوم المرادة منه.

(١) ابن قدامة، المغني، ج ٥، ص ٢٤٤.

(٢) ابن مفلح، المبدع شرح المقنع، ج ٤، ص ٣٩٥. التتوخي، الممتع في شرح المقنع، ج ٣، ص ٤٢٥.

ابن قدامة، المغني، ج ٥، ص ٢٤٤.

(٣) ابن قدامة، المغني، ج ٥، ص ٢٤٤.

أما فسخ العامل للعقد قبل ظهور الثمرة؛ فلا يستدل به، لأنَّ العامل قد رضي بإسقاط حقه؛ فلا يعتبر حجة يتمسك فيها إذا ترتب عليه ضرر، للرضا بذلك. فيستوي الأمر في ذلك بين حالة اللزوم، وعدمها. أما فسخ ربِّ الأرض للعقد؛ فيترتب عليه الإضرار بالعامل، والقول بأجر المثل لا يعتبر حلاً سديداً لرفع الضرر عنه؛ فقد يكون أجر المثل أقل مما اتفق عليه العامل مع ربِّ الأرض، وفي ذلك ضرر بربِّ الأرض؛ فالقول باللزوم هو المخرج الأسلم من ذلك.

أما القياس على المضاربة؛ فقياس مع الفارق؛ لأنَّه إذا أراد ربُّ المال، والمضارب فسخ المضاربة لا بد أن يكون المال ناضباً، وذلك يتم من خلال بيع العامل للعروض، وتحويلها إلى نقد، حتى يظهر رأس المال والربح؛ فيتقاسما بعد ذلك الربح، وهذا الأمر ممكن قبل ظهور الربح والمال عروض، وبعد ظهوره وهذا مما لا يمكن تصوره في المزارعة؛ إذ لا بد من الانتظار إلى حين نضوج الثمر، وذلك باستيفاء حقه الزماني للوصول إلى ذلك، وقبل ذلك لا يتصور فيه القسمة.

القول الثاني: ذهب الحنابلة في رواية - وهي المذهب ^(١) - إلى أن المزارعة من العقود الجائزة.

ووجه ذلك ما يلي:

١ - ما روى مسلم بإسناده عن ابن عمر، قال: لما افتتحت خيبر سألت اليهود رسول الله ﷺ أن يقرهم فيها، على أن يعملوا على نصف ما خرج منها من الثمر والزرع؛ فقال رسول الله ﷺ: «أقركم فيها على ذلك ما شئنا» ^(٢).

(١) المرداوي، الإنصاف، ج ٥، ص ٤٢٧. ابن مفلح، المبدع شرح المقنع، ج ٤، ص ٣٩٤. التنوخي، المتع في شرح المقنع، ج ٣، ص ٤٢٥.

(٢) أخرجه: مسلم في صحيحه، كتاب المساقاة، باب المساقاة والمعاملة بجزء من الثمر والزرع، ج ٣، ص ١١٨٧.

وجه الدلالة من الحديث:

قالوا: لو كان لازماً لم يجز بغير تقدير مدة، ولا أن يجعل الخيرة إليه في مدة إقرارهم؛ ولأنَّ النبي ﷺ لم ينقل عنه أنه قدر لهم ذلك بمدة، ولو قدر لم يترك نقله، لأنَّ هذا مما يحتاج إليه، فلا يجوز الإخلال بنقله، وكذلك أجلاهم عمر ﷺ من الأرض، وأخرجهم من خير، ولو كانت لهم مدة مقدرة لم يجز إخراجهم منها^(١).

ويجاب عنه: يتأول هذا الحديث من وجوه^(٢):

الأول: أنَّ النبي ﷺ حين فتح خير استرق اليهود، وتملك أراضيهم، ونخيلهم، ثم جعلها في أيديهم يعملون فيها للمسلمين، بمنزلة العبيد في نخيل مواليهم، وكان في ذلك منفعة للمسلمين ليتفرغوا للجهاد بأنفسهم، ولأنهم أبصر بذلك العمل من المسلمين، وما جعل لهم من الشرط بطريق النفقة عليهم؛ فجعل نفقتهم فيما يحصل بعملهم، وجعل عليهم نصف ما يحصل بعملهم، ليكون ذلك ضريبة عليهم بمنزلة المولى يشارط عبده الضريبة إذا كان مكتسباً.

الثاني: أنَّ النبي ﷺ منَّ عليهم برقابهم، وأراضيهم، ونخيلهم، وجعل شطر الخراج عليهم بمنزلة خراج المقاسمة، وللإمام رأي في الأرض الممنون بها على أهلها إن شاء جعل عليها خراج الوظيفة، وإن شاء جعل عليهم خراج المقاسمة^(٣).

(١) ابن قدامة، المغني، ج ٥، ص ٢٤٤. التنوخي، المتع في شرح المقنع، ج ٣، ص ٤٢٥.

(٢) السرخسي، المبسوط، ج ٢٣، ص ٤، ٥. الشلي، حاشية الشلي، بهامش تبين الحقائق، ج ٦، ص ٤٣٠. ابن مودود، الاختيار لتعليل المختار، ج ٣، ص ٧٥. ابن عبد البر، الاستذكار، ج ٧، ص ٤١. الشوكاني، نيل الأوطار، ج ٦، ص ١٠.

(٣) الخراج نوعان: خراج وظيفة، وهو أن يوظف الإمام عليهم كل سنة، ويضع عليهم ما تطيق أراضيهم، وخراج مقاسمة، وهو أن يشترط عليهم بعض ما يخرج، كالنصف، والثلث، ونحو ذلك، جزءاً شائعاً. انظر: الزيلعي، تبين الحقائق، ج ٦، ص ٤٣٠.

ثم بيّن لهم رسول الله ﷺ أنّ ما فعله عليهم من المنّ عليهم بنخيلهم، وأراضيهم غير مؤبد، بقوله ﷺ: «أقرّكم فيها على ذلك ما شئنا». وهذا منه ﷺ شبه الاستثناء، وإشارة إلى أنه ليس لهم حق المقام في نخيلهم على التأييد، لأنّه علم من طريق الوحي أنّه يؤمر بإجلائهم؛ فتحرز بهذه الكلمة عن نقض العهد، لأنّه كان أبعد الناس عن نقض العهد، والغدر، وبهذا صح منه التحرز عن الغدر بهذا اللفظ.

ثبت من ذلك، أنّ ذلك لم يكن بطريق المزارعة، والمساقاة، بل كانت بطريق الخراج على المنّ عليهم، لأنّ النبي ﷺ ملكها بغنيمة؛ فلو كان أخذها كلها جاز. وهذا التأويل اصح من الأول؛ لأنّه لم ينقل عن أحد الولاة أنّه تصرف في رقابهم، أو رقاب أولادهم، كالتصرف في الممالك، وكذلك عمر رضي الله عنه أجلاهم، ولو كانوا عبيداً للمسلمين لما أجلاهم عنها.

الثالث: أن المدة كانت تجدد، ولم يتعرض الراوي لنفي ذلك، فيجب اعتقاده جملة، لتصرفه ﷺ ما لا جهالة فيه، فيكون معنى قوله ﷺ نقرّم على ذلك ما شئنا في المعاملة الثانية، أو في العقود المتجددة^(١).

٢- أن عقد المزارعة عقد على المال بجزء من نمائه؛ فأشبه المضاربة^(٢).

ويجاب عنه: أنّه لا يمكن إطلاق القول بأن المزارعة تشبه المضاربة من كافة الجوانب؛ ففي المضاربة لا يجوز أن يكون المال، والعمل من أحد الجانبين، وإنّما يكون المال من ربّ المال، والعمل من المضارب، فإذا شرط العمل على ربّ المال فسد العقد، بينما في المزارعة إذا كانت الأرض من طرف، والعمل،

(١) القرافي، الذخيرة، ج ٦، ص ١٠٥.

(٢) ابن مفلح، المبدع شرح المقنع، ج ٤، ص ٣٩٤. ابن قدامة، المغني، ج ٥، ص ٢٤٤.

والبذر، وآلة الحرث من طرف، جازت المزارعة، ومما لا شك فيه أن البذر وآلة الحرث مال، وقد اجتمعا مع العمل في أحد الجانبين؛ فكيف يتم اعتبار المزارعة بالمضاربة مطلقاً^(١)؟!

ومن جانب آخر؛ ففي المضاربة لا تتحقق الشركة في الربح إلا بعد رفع رأس المال، ثم يقسم الباقي بين رب المال، والمضارب على الشرط، لأن المضاربة تقتضي الشركة في الربح، لا في غيره. أما المزارعة فتقتضي الشركة في كل الخارج، وذلك بأن يكون الخارج مشتركاً بينهم على الشرط المذكور في العقد، وهذا الفصل يظهر الفرق بينهما^(٢)، أيضاً، فإن أرباح المضاربة منوطة بالأسواق، وهي غير منضبطة في مدة معينة، فكانت غاية نضوض المال، وغاية المساقاة الجذاذ، وما تجدد من المدة، ويكون آخرها الجذاذ؛ فلا يختل مقصودها^(٣).

٣- أن العوض في المزارعة مقدر معلوم؛ فأشبهت البيع^(٤).

ويجاء عنه: أنه قياس مع الفارق، لأن العوض في المزارعة إذا كان مقدراً منع تحقق الشركة بين رب الأرض، والعامل في الخارج، لأن الأرض قد لا تخرج زيادة على القدر المشروط في العقد، وعندئذ يختص بهذا القدر من شرطه لنفسه، وإنما العوض في المزارعة جزء شائع مما تخرج الأرض، وهذا يتحقق معه الشركة بين الطرفين. أما البيع؛ فيقوم على تحديد مقدار العوض في العقد، لأنه عقد معاوضة، تمليك بتمليك، وتسليم بتسليم، وهو ما يتحقق به معنى البيع؛ فكان من شرطه تحديد مقدار العوض، تحديداً يمنع المنازعة؛ لأنه إذا كان مجهولاً

(١) زاده أفندي، نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار (تكملة شرح فتح القدير)، ج ٩، ص ٤٧٤.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٥، ص ٢٥٨.

(٣) القرافي، الذخيرة، ج ٦، ص ١٠٦.

(٤) ابن قدامة، المغني، ج ٥، ص ٢٤٤.

جهالة تفضي إلى المنازعة فسد البيع؛ لأنَّ الجهالة تمنع التسليم والتسلم؛ فلا يحصل مقصود البيع. فاتضح الفرق بينهما^(١).

القول الراجح:

يظهر من الاستدلال والمناقشة أن القول بلزوم المزارعة بالعقد هو الراجح، لأنَّ معنى الإجارة متحقق فيها؛ فالإجارة تمليك المنفعة بعوض، والمزارعة كذلك، لأنَّ البذر وإن كان من ربِّ الأرض؛ فالعامل يملك منفعة نفسه من ربِّ الأرض بعوض، وهو نماء بذره؛ وإن كان البذر من قبل العامل فربَّ الأرض يملك منفعة أرضه من العامل بعوض، وهو نماء بذره؛ فكانت المزارعة استئجاراً إما للعامل، وإما للأرض، لكن بيعض الخارج منها، وعقد الإجارة لازم؛ فكانت المزارعة لازمة^(٢).

أضف إلى ذلك، أنَّ عقد المزارعة عقد معاوضة، وعقود المعاوضات لا تستقر إلا باللزم؛ إذ لا يتحقق الوفاء الوارد في قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١]، إلا به؛ فكان القول به امتثالاً للآية، وبهذا حفظ الاستقرار في التعامل بين المتعاقدين في مثل هذا النوع من المعاملة.

المطلب الثالث

موقف الفقهاء من فسخ عقد المزارعة بالعدر الطارئ:

للفقهاء مذاهب شتى في فسخ عقد المزارعة بالعدر الطارئ، وتفصيلها على النحو الآتي:

(١) الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٤، ص ٣٥٥.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٥، ص ٢٥٨.

ذهب الحنفية^(١) إلى القول بفسخ عقد المزارعة بعد إلقاء البذر في الأرض بالعدر الطارئ، وذلك لأنَّ العقد قبل إلقاء البذر يكون لازماً من قبل من لا بذر من جهته، وهو لا يملك الفسخ إلا بعدر، وغير لازم من قبل من له البذر قبل إلقاء البذر في الأرض، إذ يملك الفسخ في هذه الحالة من غير عذر، فإذا ألقى البذر في الأرض صار العقد لازماً من الجانبين، وعندئذ لا يملك أحدهما الفسخ إلا بعدر طارئ على العقد.

ووجه القول بالعدر الطارئ في عقد المزارعة، أنَّ المزارعة انعقدت إجارة، والإجارة عقد لازم، والعقد اللازم لا يملك أحد المتعاقدين فسخه إلا بالعدر الطارئ^(٢).

مما يثبت ذلك، أن الحنفية استقاموا مع منهجهم في فسخ العقود التي تنهض في طبيعتها على عنصر المدة، بالعدر الطارئ، إذ التنفيذ في مثل هذه العقود يستغرق وقتاً ما حتى يتم تنفيذ ما تم التعاقد عليه.

وهذا دالة وحدة الأساس في القول بالعدر الطارئ في العقدين، وهو الضرر الزائد الناشئ عن العذر الطارئ، والمقضي برفعه عن الطرف المضروب، بدلالة النصوص القاضية بذلك، من مثل قوله تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ [الحج: ٧٨]، وقوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»^(٣) وما يتفرع عنها

(١) الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٥، ص ٢٦٤. ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج ٩، ص ٣٣٧. الزيلعي، تبين الحقائق، ج ٦، ص ٤٣٠. نظام وآخرون، الفتاوى الهندية، ج ٥، ص ٢٩٤.

(٢) الزيلعي، تبين الحقائق، ج ٦، ص ٤٣٧. العيني، البناية شرح الهداية، ج ١١، ص ٤٩٨. الهروي، فتح باب العناية بشرح الثقات، ج ٢، ٥٥١.

(٣) سبق تخريجه، ص (٣٨).

من قواعد فقهية من مثل: «الضرر يزال»^(١)، وغير ذلك من الأدلة التي تصلح أساساً لمبدأ العذر الطارئ في العقود؛ فإذا ثبتت وحدة الأساس بينهما، ثبتت وحدة الحكم بينهما أصالة.

أما المالكية؛ فلم يرد في مصنفاتهم ما يدل على حكم فسخ عقد المزارعة بالعذر الطارئ، إلا أنه يمكن القول بأن أصول مذهبهم تقتضي رفض الفسخ بالعذر الطارئ، كما هو الحال في عقد الإجارة؛ إذ لا يمكن فسخه إلا بما تنفسخ به العقود اللازمة؛ فكذلك عقد المزارعة؛ فعقد المزارعة متى تحقق اللزوم فيه لا يجوز فسخه إلا بما يوجب فواتاً في المعقود عليه، على مقتضى أصول المذهب^(٢).

أما على قول المتيطي، وهو من قال بفسخ عقد الإجارة بالعذر الطارئ من المالكية؛ فيمكن تصور قوله في عقد المزارعة، لوحدة الحال بينهما^(٣).

أما الحنابلة؛ فذهبوا في الرواية الراجعة إلى أن لكل واحد من المتعاقدين فسخ عقد المزارعة متى شاء بعذر، وبغير عذر، لأنه عقد جائز، ومن شأن العقود الجائزة الفسخ في أي وقت، وذلك كالوكالة^(٤).

أما على الرواية الأخرى، وهي لزوم عقد المزارعة - وهي الرواية المرجوحة - أن العقد لا ينفسخ إلا بما تنفسخ به العقود اللازمة، كالإجارة، تمسكاً بمبدأ اللزوم في العقود، الذي من شأنه منع الفسخ إلا في حالة حدوث خلل في المعقود عليه، وهذا مقتضى أصول المذهب^(٥).

(١) ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص ٨٥. السيوطي، الأشباه والنظائر، ص ٨٣.

(٢) ابن نصر، المعونة على مذهب عالم المدينة، ج ٢، ص ١٠١. ابن جزى، القوانين الفقهية، ص ١٨٣.

(٣) مياره، شرح مياره الفاسي، ج ٢، ص ١٦٦.

(٤) الرحيباني، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، ج ٣، ص ٥٧٨. ابن مفلح، المبدع شرح المقنع، ج ٤، ص ٣٩٤. البهوتي، كشف القناع، ج ٣، ص ٥٣٧، ٥٣٨.

(٥) ابن مفلح، المبدع شرح المقنع، ج ٤، ص ٤٢٢. الحجاوي، الروض المربع، ج ٢، ص ٢١٧. ابن قدامة، المغني، ج ٥، ص ٢٤٦.

والقول بفسخ عقد المزارعة بالعدر الطارئ، هو الذي يتفق مع الأصول التشريعية العامة، والقواعد الاجتهادية المسوغة للأخذ بالعدر الطارئ، كما هو الحال في عقد الإجارة.

المطلب الرابع

أنواع العذر الطارئ الموجبة للفسخ

الأعذار التي توجب فسخ عقد المزارعة بعضها يرجع إلى صاحب الأرض، وبعضها يرجع إلى المزارع. أما ما يرجع إلى صاحب الأرض، كالدين الفادح الذي لا قضاء له إلا من ثمن هذه الأرض، تباع في الدين، ويفسخ العقد بهذا العذر إذا أمكن الفسخ، بأن كان قبل الزراعة، أو بعدها إذا أثمر الزرع وبلغ مبلغ الحصاد؛ لأنه لا يمكن المضي في العقد إلا بضرر يلحقه؛ فلا يلزمه تحمل الضرر؛ فيبيع القاضي الأرض بدينه أولاً ثم يفسخ المزارعة، وإن لم يمكن الفسخ بأن كان الزرع لم يدرك، ولم يبلغ مبلغ الحصاد، لا تباع في الدين، ولا يفسخ إلى أن يدرك، لأن في البيع إبطال حق العامل، وفي الانتظار إلى وقت الإدراك تأخير حق صاحب الدين؛ وفيه رعاية للجانيين؛ فكان أولى، ويطلق من السجن إن كان محبوساً إلى غاية الإدراك، لأن الحبس جزاء المطل، وهو غير مماطل قبل الإدراك لكونه ممنوعاً عن بيع الأرض شرعاً، والممنوع معذور؛ فإذا أدرك الزرع يرد إلى الحبس ثانياً لبيع أرضه، ويؤدي دينه بنفسه، وإلا فيبيع القاضي عليه^(١). وكذلك إذا بدا لصاحب الأرض أن لا يزرع، بعد أن عمل العامل في الأرض، وكان البذر من جانبه - رب الأرض - كان له الفسخ؛ لأنه يتضرر بالمضي في العقد من حيث إتلاف البذر بإلقائه في الأرض، ولا يعلم يحصل الخارج أم لا؟

(١) نظام وآخرون، الفتاوى الهندية، ج ٥، ص ٣٢١. الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٥، ص ٢٦٦، ٢٦٧.

ولا شيء عليه للعامل لأن المنافع لا تتقوم إلا بالتسمية، والمسمى للعامل إزاء عمله هو بعض الخارج من الأرض ولم يحصل الخارج.

وهذا الحكم قضاء أما، ديانة فيعطى العامل أجر مثل عمله؛ لأنه قام بالعمل في الأرض من أجل أن يحصل له الخارج؛ فإذا أخذ الأرض بعد إقامة العمل فيها كان غاراً به، ملحقاً للضرر به، والغرور، والضرر مدفوع فيدفع بأجر المثل، وإن كان البذر من العامل لم يكن لصاحب الأرض أن يمنع المزارع من الزراعة؛ لأنه مؤجر لأرضه، ولا يلحقه بإيفاء العقد ضرر فيما لم يتناوله العقد، وإنما الضرر عليه في إلزام تسليم الأرض، وقد التزم ذلك بمطلق الزراعة^(١). وغير ذلك من الأعذار على ما ورد في الإجارة.

أما ما يرجع إلى المزارع؛ فنحو المرض إذا كان يعمل في الزراعة بنفسه، لأنه يعجز عن العمل به، أما إذا كان له إجراء، فلا يكون مرضه عذراً؛ لأنه قادر على العمل بأجرائه، والسفر؛ لأنه لا يحتاج إليه، وترك حرفة إلى حرفة، لأن من الحرف ما لا يغنيه من جوع؛ فيحتاج إلى الانتقال إلى غيره، وذلك إذا كان البذر من قبل المزارع، وقال أريد ترك المزارعة؛ فله ذلك^(٢). إلى غير ذلك من الأعذار على ما عرف في الإجارة.

أما الفسخ في المزارعة فهو على ما ورد في الإجارة ففيه روايتان^(٣):

الأولى: أنه لا بد في فسخ المزارعة من القضاء.

الثانية: أنه يستبد رب المال، أو المزارع في فسخ العقد بنفسه.

(١) السرخسي، المبسوط، ج ٢٣، ص ٢٩، ٤٨، ٤٩.

(٢) نظام وآخرون، الفتاوى الهندية، ج ٥، ص ٣٢١. الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٥، ص ٢٦٧.

(٣) السرخسي، المبسوط، ج ٢٣، ص ٢٩. العيني، البناية شرح الهداية، ج ١١، ص ٥٠٠.

المبحث الثالث أثر العذر الطارئ في عقد المساقاة

المطلب الأول تعريف المساقاة لغة واصطلاحاً

الفرع الأول: تعريف المساقاة لغة :

المساقاة في اللغة مأخوذة من السقى، وهي أن يستعمل رجلٌ رجلاً في نخيل، أو كُروم ليقوم بإصلاحها على أن يكون له سهمٌ معلوم مما تُغله^(١). جاء في لسان العرب: «المساقاة في النخيل، والكروم على الثلث، والرُّبع، وما أشبهه، يقال: ساقى فلان فلاناً نخله، أو كرمه إذا دفعه إليه، واستعمله فيه على أن يعمره، ويسقيه، ويقوم بمصلحته من الإبار، وغيره، والباقي لملك النخل»^(٢).

ويقال: سَقَاهُ يَسْقِيهِ، وَسَقَاهُ، وَأَسْقَاهُ، أو سَقَاهُ، وَسَقَاهُ، وَأَسْقَاهُ: دَلَّهُ عَلَى الْمَاءِ، أو سَقَى مَاشِيَتَهُ أو أَرْضَهُ، أو كِلَاهُمَا: جَعَلَ لَهُ مَاءً، وَهُوَ سَاقٍ مِنْ سَقَى وَسُقَاءٍ، وَسَقَاءٌ مِنْ سَقَّائِينَ، وَالْأَسْمُ السَّقْيُ، وَالْمَصْدَرُ سَقَيْتُ سَقْيًا؛ فَيُقَالُ: سَقَيْتُ الزَّرْعَ سَقْيًا؛ فَأَنَا سَاقٍ، وَهُوَ مَسْقِيٌّ^(٣).

(١) الرازي، مختار الصحاح، ص ١٥٦.

(٢) ابن منظور، لسان العرب، ج ٦، ص ٣٠٢.

(٣) الفيروزآبادي، القاموس المحيط، ص ١١٦٦. ابن منظور، لسان العرب، ج ٦، ص ٢٩٩.

الفيومي، المصباح النير، ج ١، ص ٢٨١.

قال ابن فارس: «(سقى) السين، والقاف، والحرف المعتل أصل واحد، وهو إشراب الشيء الماء، وما أشبهه، تقول: سقيته بيدي أسقيه سَقِيًّا وأسقيته إذا جعلت له سَقِيًّا، والسَّقْي: المصدر»^(١).

ويظهر من المعنى اللغوي للمساقاة، أنها سقي الزرع، أو الشجر ماء، على جزء معلوم منه.

الفرع الثاني: تعريف المساقاة اصطلاحاً :

مفهوم المساقاة اللغوي، هو مفهومها الشرعي^(٢)؛ فالفقهاء لم يخرجوا في الدلالة الاصطلاحية عن المعنى اللغوي، ودلالة ذلك، أن تعريف المساقاة في المذاهب الفقهية ورد بنفس الدلالة، ولكن مع ملاحظة التفاوت في القيود الواردة في كل تعريف، من مذهب لآخر، ومرجع ذلك طبيعة النظرة المذهبية إلى تكييف هذه المعاملة.

وأبين هذه الاصطلاحات، ما ذهب إليه العيني، حيث عرفها بأنها: «معاقدة دفع الأشجار والكروم إلى من يقوم بإصلاحها على أن يكون له سهم معلوم من ثمرها»^(٣).

(١) ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، ج ٣، ص ٨٤.

(٢) قاضي زاده، نتائج الأفكار في كشف الأسرار، ج ٩، ص ٤٨٩. العيني، البناية شرح الهداية، ج ١١، ص ٥٠٩. المتوفي، كفاية الطالب الرباني، ج ٣، ص ٤٢٤.

(٣) العيني، البناية شرح الهداية، ج ١١، ص ٥٠٩. وانظر نفس المعنى: نظام وآخرون، الفتاوى الهندية، ج ٥، ص ٣٤٢. وعرفت بأنها: معاقدة دفع الأشجار إلى من يعمل فيها على أن الثمر بينهما، انظر: الزيلعي، تبين الحقائق، ج ٦، ص ٤٤٢. وعرفها ابن عرفة بأنها: «عقد على عمل مؤونة النبات بقدر، لا من غير غلته، لا بلفظ بيع، أو إجارة، أو جعل»، انظر: ابن عرفة، شرح حدود ابن عرفة، ج ٢، ص ٥٠٨. وعرفها ابن جزي بأنها: «دفع الرجل شجرة لمن يخدمها، وتكون غلتها بينهما»، انظر: ابن جزي، القوانين الفقهية، ص ١٨٤. وانظر نفس المعنى، عlish، تقاريرات عlish، بهامش حاشية الدسوقي، ج ٣، ص ٥٣٩. وعرفها الشافعية، بأنها: =

ويطلق على هذا العقد «عقد المساقاة» مع أن فعل العامل ليس قاصراً على السقي فقط، وإنما هنالك أعمال أخرى، من التلقيح، والحراسة، وعلف الدواب، ونفقة الأجراء، والجذاذ، وكل ما يتعلق بمصلحة الثمر؛ فالعقد متعلق بغير السقي كما هو واضح؛ فلماذا يطلق عليه هذا الاسم؟.

السبب في هذا الإطلاق، أن معظم ما تعلق به العقد هو السقي؛ فهو معظم عملها، وأصل منفعتها، وأكثرها مؤونة، لذا كان السقي أنفع أعمالها؛ فاشتق منه اسم العقد تغليياً له^(١).

المطلب الثاني

صفة عقد المساقاة من حيث اللزوم وعدمه.

اختلف الفقهاء في صفة عقد المساقاة من حيث اللزوم والجواز على قولين:

= «أن يعامل الرجل غيره على نخل أو شجر عنب ليتعهده بالسقي، والتربية على أن الثمرة لهما»، انظر: الشريبي، مغني المحتاج، ج ٣، ص ٤٢١. الحصني، كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار، ج ١، ص ٣٠٦. النووي، روضة الطالبين، ج ٤، ص ٢٢٧. أبو يحيى زكريا، أسنى المطالب شرح روض الطالب، ج ٥، ص ٣٥٥. وعرفها الحنابلة بأنها: «دفع الرجل شجره إلى آخر ليقوم بسقيه، وعمل سائر ما يحتاج إليه بجزء معلوم له من ثمره»، انظر: ابن قدامة، المغني، ج ٥، ص ٢٣٦. أبو القاسم، الواضح في شرح مختصر الخرقي، ج ٣، ص ٩٦. الزركشي، شرح الزركشي، ج ٤، ص ٢٠٨.

(١) ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج ٩، ص ٣٤٤. ابن عرفة، حاشية الدسوقي، ج ٣، ص ٥٣٩. آل مبارك، تبين المسالك، ج ٤، ص ١٨٠. الشريبي، مغني المحتاج، ج ٣، ص ٤٢١. الحصني، كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار، ج ١، ص ٣٠٦. الماوري، الحاوي الكبير، ج ٧، ص ٣٥٧. البهوتي، كشف القناع، ج ٣، ص ٥٣٢.

القول الأول: ذهب الحنفية^(١)، والمالكية^(٢)، والشافعية^(٣)، والحنابلة في رواية - وهي المرجوحة^(٤) - إلى أن عقد المساقاة عقد لازم من الطرفين.

وعلى القول المختار عند المالكية تكون المساقاة لازمة بالعقد، وإن لم يشرع في العمل، وهو المذهب، وقيل: إنما تلزم بالشروع، وقيل: تلزم بالحوز. ووجه هذا القول، ما يلي:

١- أن عقد المساقاة عقد معاوضة؛ فكان لازماً كالإجارة، بجامع أن كلا منهما عقد على عمل يتعلق بعين مع بقاءه^(٥).

فإن قيل: القول بلزومها مشكل؛ لأنها إذا وردت على الذمة أشبهت بيع الدين بالدين، لأن العمل دين على العامل، والثمرة وإن لم تكن ديناً إلا أنها معدومة؛ فهي في معنى الدين، وبيع الدين بالدين مجمع على بطلانه^(٦).

أجيب عنه: أن بيع الدين بالدين قد جوز للحاجة كما في الحوالة، وهذه أولى لشدة الحاجة إليها، وبما مر من القياس على الإجارة^(٧).

-
- (١) ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج ٩، ص ٣٤٥. الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٥، ص ٢٧١. العيني، البناية شرح الهداية، ج ١١، ص ٥١١.
- (٢) التسولي، البهجة في شرح التحفة، ج ٢، ص ٢٦٩. الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك، ج ٣، ص ٤٥٥. ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج ٥، ص ١٨٣. ابن نصر، المعونة على مذهب عالم المدينة، ج ٢، ص ١٣٣. ابن الحاجب، جامع الأمهات، ص ٤٢٩.
- (٣) الشربيني، مغني المحتاج، ج ٣، ص ٤٣٣. الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج ٥، ص ٢٥٨. النووي، روضة الطالبين، ج ٤، ص ٢٣٦.
- (٤) المرداوي، الإنصاف، ج ٥، ص ٤٢٧. ابن مفلح، المبدع شرح المقنع، ج ٤، ص ٣٩٥. ابن قدامة، المغني، ج ٥، ص ٢٤٤. التنوخي، المتع في شرح المقنع، ج ٣، ص ٤٢٥.
- (٥) العيني، البناية شرح الهداية، ج ١١، ص ٥١١. ابن نصر، المعونة على مذهب عالم المدينة، ج ٢، ص ١٣٣. الشربيني، مغني المحتاج، ج ٣، ص ٤٣٣. ابن قدامة، المغني، ج ٥، ص ٢٤٤.
- (٦) الشربيني، مغني المحتاج، ج ٣، ص ٤٣٣.
- (٧) الشربيني، مغني المحتاج، ج ٣، ص ٤٣٣.

٢- أن القول بلزومها فيه مراعاة لمصلحة كل منهما؛ لأنه لو حكم بالجواز؛
 فربما يفسخ العامل قبل تمام العمل، فيتضرر المالك بفوات الثمر، أو بعضه بعدم
 العمل لكونه لا يحسنه، أو لا يتفرغ له، ولو فسخ المالك تضرر العامل بفوات
 نصيبه من الثمر، مع بقاء تأثيره فيه، والغالب أن نصيبه أكثر من أجر مثله^(١).

القول الثاني: ذهب الحنابلة في رواية - وهي المذهب^(٢)، والسبكي من
 الشافعية^(٣) إلى أن المساقاة عقد جائز من الطرفين، ولكل واحد منهما فسخها
 متى شاء.

ووجه هذا القول، ما يلي:

١- ما روي عن مسلم بإسناده عن ابن عمر، قال: لما افتتحت خيبر سألت
 اليهود رسول الله ﷺ أن يقرهم فيها، على أن يعملوا على نصف ما خرج منها
 من الثمر والزرع؛ فقال رسول الله ﷺ: «أقركم فيها على ذلك ما شئنا»^(٤).

(١) الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج ٥، ص ٢٥٨. الرافعي، العزيز شرح الوجيز، ج ٦،
 ص ٥١. ابن قدامة، المغني، ج ٥، ص ٢٤٤.

(٢) البهوتي، كشف القناع، ج ٣، ص ٥٣٧، ٥٣٨. المرداوي، الإنصاف، ج ٥، ص ٤٢٧. ابن قدامة،
 المغني، ج ٥، ص ٢٤٤. التنوخي، المتع في شرح المقنع، ج ٣، ص ٤٢٥. ابن مفلح، المبدع شرح
 المقنع، ج ٤، ص ٣٩٤.

(٣) الشريبي، مغني المحتاج، ج ٣، ص ٤٣٣. عميرة، حاشية عميرة، ج ٣، ص ٦٥.
 * السبكي هو: علي بن عبد الكافي بن علي بن تمام السبكي، أبو الحسن، ولد في صفر سنة ثلاث
 وثمانين وستمائة، كان ذا فراسة صادقة، وحسن الوجه، وطاهر اللسان، أخذ الفقه عن ابن
 الرفعة، والحديث عن الشرف الدمياطي، والقراءات عن التقي الصائغ، والخلاف والمنطق عن
 السيف البغدادي، والنحو عن أبي حيان، ومن تصانيفه: «العمدة» و «الطبقات الكبرى،
 والوسطى، والصغرى». مات يوم الاثنين من سنة ست وخمسين وسبعمائة. انظر: السيوطي،
 طبقات الحفاظ، ص ٥٢٢. ابن الملقن، العقد المذهب في طبقات حملة المذهب، ص ٤١٣، ٤١٤.
 الحسيني، طبقات الشافعية، ص ٢٧٣.

(٤) أخرجه: مسلم في صحيحه، كتاب المساقاة، باب المساقاة والمعاملة بجز من الثمر والزرع، ج ٣،
 ص ١١٧٨.

وجه الدلالة من الحديث: إن عقد المساقاة لو كان لازماً لم يجوز بغير تقدير مدة، ولا أن يجعل الخيرة إليه في مدة إقرارهم، ولأن النبي ﷺ لم ينقل عنه أنه قدر لهم ذلك بمدة، ولو قدر لم يترك نقله، لأن هذا مما يحتاج إليه؛ فلا يجوز الإخلال بنقله، وكما أن عمر رضي الله عنه أجلاهم، أخرجهم من خير، ولو كانت لهم مدة مقدرة لم يجوز إخراجهم منها^(١).

٢- أن المساقاة عقد على المال بجزء من نمائه؛ فأشبهه المضاربة^(٢).

القول الراجح:

بناء على مناقشة الأدلة، وما ورد عليها من اعتراضات في صفة اللزوم في عقد المزارعة - وخشية للتكرار يكتفي بذكرها في موضعها السابق - يكون الراجح في ذلك قول الجمهور من الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة في رواية، القاضي بلزوم عقد المساقاة من الطرفين.

وما يقوي هذا الترجيح أن قياس الفريق الآخر - وهو مما يضاف إلى ما سبق من مناقشة للأدلة - المساقاة على المضاربة قياس مع الفارق، لأن المضاربة لا تبقى أعيانها بعد العمل؛ فأشبهت الوكالة. أما العمل في المساقاة؛ فيقع في أعيان تبقى بحالها؛ فأشبهت الإجارة؛ فالقياس على الإجارة أولى، لأن المساقاة إجارة في خدمة عين قائمة، والإجارة لازمة؛ فكذلك المساقاة^(٣).

(١) البهوتي، كشف القناع، ج ٣، ص ٥٣٧. ابن قدامة، المغني، ج ٥، ص ٢٤٤.

(٢) البهوتي، كشف القناع، ج ٣، ص ٥٣٧. التنوخي، المتع في شرح المقنع، ج ٣، ص ٤٢٥. ابن قدامة، المغني، ج ٥، ص ٢٤٤.

(٣) ابن نصر، المعونة على مذهب عالم المدينة، ج ٢، ص ١٣٣. الشربيني، مغني المحتاج، ج ٣، ص ٤٣٣. الرافعي، العزيز شرح الوجيز، ج ٦، ص ٥١.

أضف إلى ذلك، أنَّ القول باللزوم يحقق مقصد تحريم الضرر، فيما إذا تمكن أحدهما من فسخ العقد دون مسوغ شرعي، وتحقيق هذا المقصد يُعطى ثباتاً أكبر للعقد، من خلال المحافظة على استقراره باللزوم، وتحقيق كافة الالتزامات الواردة فيه، وخاصة أن عقد المساقاة عقد معاوضة، وعقود المعاوضات لا تستقر إلا باللزوم.

المطلب الثالث

موقف الفقهاء من فسخ عقد المساقاة بالعدر الطارئ.

للفقهاء مذاهب شتى في فسخ عقد المساقاة بالعدر الطارئ، تفصيلها على النحو الآتي:

ذهب الحنفية^(١) إلى القول بفسخ عقد المساقاة بالعدر الطارئ؛ فليس لربّ الشجر أن يخرج العامل من غير عذر، لأنّه لا ضرر عليه في الوفاء بالعقد، وكما أن العامل ليس له أن يترك العمل من غير عذر.

ووجه ذلك، أنَّ المساقاة تنعقد إجارة، والإجارة تنعقد لازمة، والعقد اللازم لا يملك أحد المتعاقدين فسخه إلا بالعدر الطارئ، ومفاد ذلك، أنَّ أدلة الفسخ بالعدر الطارئ في عقد الإجارة تنهض أساساً للفسخ بالعدر الطارئ في عقد المساقاة، لوحدة العلة في العقدين.

(١) المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدي، ج ٤، ص ٣٣٨، ٣٣٩. ابن عابدين، ردّ المحتار على الدرّ المختار، ج ٩، ص ٣٥١. داماد أفندي، مجمع الأنهر، ج ٤، ص ١٥١. العيني، البناية شرح الهداية، ج ١١، ص ٥٢٠. الهروي، فتح باب العناية بشرح النقاية، ج ٢، ص ٥٥٥. الزيلعي، تبين الحقائق، ج ٦، ص ٤٤٦. الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٥، ص ٢٧١.

وهذا مسلك واضح لدى فقهاء الحنفية في عقد الإجارة، والمزارعة، والمساقاة، أثبتوا من خلاله دفع الضرر الزائد الناشئ عن العذر الطارئ، بفسخ العقد، وهذا دالة استقرار مفهوم مبدأ العذر الطارئ في فقههم، كمبدأ تشريعي في عقود المدة، يعالج الآثار الناجمة عن العذر الطارئ، وذلك انسجاماً مع الأصول التشريعية العامة، والقواعد الاجتهادية في الفقه.

وذهب المالكية ^(١) إلى عدم فسخ عقد المساقاة بالعذر الطارئ على طرفي العقد، وذلك، كالإفلاس الطارئ على ربّ الشجر، أو وجود العامل سارقاً، أو عاجزاً عن السقي؛ فقالوا: إذا عجز العامل عن السقي، وقد حلّ بيع الثمر، لم يكن له أن يساقى غيره، ووجب عليه أن يستأجر من يعمل، وإن لم يكن له شيء استؤجر من حفظه من الثمر.

أما ما يطراً على محل العقد - وهو الشجر - من أضرار، كالجائحة من برد، أو ريح، أو جراد، مثلاً؛ فلهم في ذلك التفصيل الآتي ^(٢):

١- إذا أوجيع جميع الشجر، ففي ذلك روايتان:

إحدهما: فسخ المساقاة في الإجاحة كلية.

الأخرى: لا جائحة في المساقاة، ولا للعامل أن يخرج، ولا يفسخ السقاء، وهما شريكان في النماء والنقص.

٢- إذا أوجيع ثلث الشجر فصاعداً، فعن مالك روايتان:

(١) ابن عرفة، حاشية الدسوقي، ج ٣، ص ٥٤٦. القرافي، الذخيرة، ج ٦، ص ١٢٠. ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج ٥، ص ١٨٣.

(٢) ابن عبد البر، الكافي في فقه أهل المدينة، ص ٣٨٣. ابن أنس، المدونة الكبرى، ج ٥، ص ١٨٣٨. القيرواني، النوار والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات، ج ٧، ص ٣١٥.

إحدهما: أن العامل بالخيار بين فسخ المساواة، والإقامة عليها.

الأخرى: أن المساواة لازمة لهما، إلا أن تكون الجائحة أتت على قطعة من الشجر بعينها؛ فتفسخ المساواة فيها وحدها دون ما سواها.

٣- إذا أجيح أقل من ثلث الشجر؛ فالمساواة صحيحة لازمة.

ذهب الشافعية في قول - وهو المذهب^(١) - إلى أن العامل إذا مرض أو حبس، أو عجز بغير ذلك عن العمل، وأتمه المالك بنفسه، أو بماله متبرعاً بالعمل، أو بمؤنته عن العامل بقي استحقاق العامل؛ فإذا لم يوجد متبرع رفع الأمر إلى القضاء حتى يستأجر عليه من يعمل؛ فإن كان ذلك بعد بدو الصلاح بيع نصيب العامل كله، أو بعضه بحسب الحاجة، واستأجر بثمنه من يقوم بالعمل، وإن كان قبل بدو الصلاح اقترض عليه من المالك، أو من أجنبي، أو من بيت المال، إن لم يوجد من يعمل بأجرة مؤجلة مدة إدراك الثمر لتعذر بيع بعضه وحده، للحاجة إلى شرط قطعه، وتعذره في الشائع، واستأجر بما اقترض، ويقضيه العامل بعد زوال المانع، أو يقضيه القاضي من نصيبه من الثمرة بعد بدو الصلاح؛ فإن عجز المالك عن العمل، أو الإنفاق حينئذ، ولم تظهر الثمرة؛ فله الفسخ، وللعامل أجرة عمله، وإن ظهرت؛ فلا فسخ، وهي لهما.

وثبت الفسخ هنا للمالك، لأنه تعذر استيفاء المعقود عليه؛ فوجب به الفسخ.

وفي المذهب قول مؤداه أنه لا يستأجر عنه مطلقاً، ويخير المالك بين الفسخ والصبر^(٢).

(١) الشربيني، مغني المحتاج، ج ٣، ص ٤٣٤. الرملي، نهاية المحتاج، ج ٥، ص ٢٥٨، ٢٥٩، ٢٦٠. الشيرازي، المذهب، ج ١، ص ٣٩٣. النووي، روضة الطالبين، ج ٤، ص ٢٣٧. الرافعي، العزيز شرح الوجيز، ج ٦، ص ٧٢.

(٢) الرملي، نهاية المحتاج، ج ٥، ص ٢٥٩. الشربيني، مغني المحتاج، ج ٣، ص ٤٣٦.

هذا؛ فإنَّ موجب الفسخ عندهم هو تعذر استيفاء المعقود عليه، والحاصل من عجز العامل عن العمل، بالمرض، أو الحبس، أو غير ذلك، ومعنى ذلك، أنَّ عجز العامل لم يكن ذاته هو العذر في الفسخ، وإنَّما أثره الراجع إلى تعذر استيفاء المعقود عليه؛ فهم بذلك لم يخرجوا عن أصلهم في عدم الأخذ بالعذر الطارئ إذا وقع على طرفي العقد.

ودليل ذلك، أنه لو ثبتت خيانة العامل، ضم إليه من يشرف عليه إلى أن يتم العمل، ولا تزال يده، لأنَّ العمل حق عليه، ويمكن استيفاؤه منه بهذا الطريق، وأجرة المشرف عليه؛ فإن لم يتحفظ به استؤجر عليه من مال العامل من يتم العمل لتعذر استيفاء العمل الواجب عليه منه، والقدرة عليه بهذا الطريق^(١).

هذا؛ فقد تقرر مما سبق، أنَّ الشافعية يوجبون الفسخ في حالة تعذر استيفاء المعقود عليه، وذلك بعد مراعاة الشروط الموجبة لحكم الفسخ، إلا أنَّهم ناقضوا أنفسهم في حالة ذهاب منفعة المعقود عليه بالجائحة، أو الغصب، حيث ذهبوا في الأصح من المذهب إلى أنه إذا تلف الثمر كله بجائحة، أو غصب؛ لم يفسخ عقد المساقاة، بل على العامل إتمام العمل، وإن تضرَّر به، ولا شيء له. وذهب البغوي^(٢) إلى أنه إذا تلف الثمر بجائحة فسخ عقد المساقاة، وإن هلك بعضها،

(١) الشربيني، مغني المحتاج، ج٣، ص٤٣٦.

(٢) البغوي هو: الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء الشافعي، أبو محمد، محيي السنة، ويلقب أيضاً بركن الدين، كان إماماً جليلاً، ورعاً زاهداً فقيهاً محدثاً مفسراً جامعاً بين العلم والعمل. تفقه على القاضي حسين، وحدث عنه، ومن مصنفاته: «شرح السنة» و «المصابيح» والتفسير المسمى «معالم التنزيل». مات في شوال من سنة ست عشرة وخمسمائة. انظر: السيوطي، طبقات الحفاظ، ص٤٥٧. السبكي، طبقات الشافعية الكبرى، ج٧، ص٧٥، ٧٦، ٧٧، الحسيني، طبقات الشافعية، ص٢٥٢.

فالعامل بالخيار بين أن يفسخ العقد، ولا شيء له، وبين أن يحجز ويتم العمل،
ويأخذ نصيبه^(١).

فعلى القول الأصح في المذهب، يرى أن الشافعية تمسكوا بعدم الفسخ
بالجائحة، أو الغصب، مع أنهما منعا من استيفاء العقود عليه، بل إن استيفاء العقود
عليه في هذه الحالة أقوى وأشد من حالة المرض، ونحوه؛ فهذا هو عين التناقض.

وذهب الحنابلة في الرواية الراجحة في المذهب إلى أن عقد المساقاة عقد
جائز؛ فكان لكل واحد من المتعاقدين فسخ العقد متى شاء بعذر، وبغير عذر؛
لأن هذا شأن العقود الجائزة، وذلك كالوكالة^(٢).

فإن فسخت المساقاة بعد ظهور الثمر، فالثمر بين المالك والعامل على ما
شرطاه عند العقد، لأنها حدثت على ملكهما، ويلزم العامل تمام العمل في
المساقاة، كما يلزم المضارب بيع العروض إذا فسخت المضاربة؛ فإن فسخ العامل
قبل ظهور الثمر؛ فلا شيء له؛ لأنه قد رضي بإسقاط حقه؛ فصار كعامل
المضاربة إذا فسخ قبل ظهور الربح، وعامل الجعالة إذا فسخ قبل تمام العمل؛
وإن فسخ رب الشجر المساقاة قبل ظهور الثمر، وبعد شروع العامل في العمل؛
فعليه للعامل أجره مثل عمله، بخلاف المضاربة، لأن الربح لا يتولد من المال
بنفسه، وإنما يتولد من العمل، ولم يحصل لعمله ربح، والثمر متولد من عين
الشجر، وقد عمل على الشجر عملاً مؤثراً في الثمر؛ فكان لعمله تأثير في
حصول الثمر، وظهوره بعد الفسخ^(٣).

(١) النووي، روضة الطالبين، ج ٤، ص ٢٣٩. أبو يحيى زكريا، أسنى المطالب شرح روض الطالب،
ج ٥، ص ٣٧١.

(٢) الرحيباني، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، ج ٣، ص ٥٧٨. ابن قدامة، الكافي في
الفقه، ج ٢، ص ١٩٥. ابن قدامة، المغني، ج ٥، ص ٢٤٦.

(٣) البهوتي، كشف القناع، ج ٣، ص ٥٣٨.

أما على الرواية الأخرى في المذهب - المرجوحة، وهي اللزوم؛ فالعقد لا يفسخ إلا بما تنفسخ به العقود اللازمة، من وجود خلل في المعقود عليه، كالإجارة^(١).

ويتلخص من الآراء الفقهية السابقة موقف الفقهاء من حكم فسخ عقد المساقاة بالعدر الطارئ، وذلك على اتجاهاين:

الأول: مذهب الحنفية، والحنابلة في الرواية الراجعة عندهم؛ حيث حكموا بجواز الفسخ بالعدر الطارئ على عقد المساقاة.

الثاني: مذهب الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة في رواية القاضي بعدم جواز فسخ عقد المساقاة بالعدر الطارئ.

القول الرابع:

ما ذهب إليه الحنفية من جواز فسخ عقد المساقاة بالعدر الطارئ، اعتباراً بالإجارة، إذ المعنى يجمعهما، وهو ورود العقد على أعيان قائمة، وبذلك يستند هذا الترجيح إلى نفس الاعتبارات الواردة في ترجيح القول بفسخ عقد الإجارة بالعدر الطارئ.

المطلب الرابع

أنواع العذر الطارئ الموجبة لفسخ عقد المساقاة

لا تختلف الأعذار الموجبة للفسخ في عقد المساقاة عن الأعذار في عقد الإجارة، أو المزارعة؛ فبعضها يرجع إلى المالك - ربُّ الشجر وبعضها إلى

(١) ابن قدامة، الكافي في الفقه، ج ٢، ص ١٩٥.

العامل، أما ما يرجع إلى ربّ الشجر؛ فنحو الدّين الفادح الذي لا وفاء له إلا من ثمن الشجر، أو الأرض. أما كيفية الفسخ؛ فعلى ما مرّ في عقد المزارعة^(١).

وذهب المالكية إلى أنّ المساقاة لا تنفسخ إلا بإفلاس المالك، سواء أكان قبل العمل، أم بعده، ويباع الشجر على أنه مساقى^(٢).

ومن الأعذار التي تعطي المالك حق الفسخ وجود العامل سارقاً، ويخاف على الثمر منه قبل الإدراك، لأنّه يلزم صاحب الأرض ضرر لم يلتزمه بالأصل^(٣). وذهب المالكية إلى أنّه إذا كان العامل لصّاً لم يفسخ العقد بذلك، وإنّما يتحفظ منه^(٤).

وذهب الشافعية إلى أنّه إذا ثبتت خيانة العامل ضم إليه من يشرف عليه إلى أن ينهي عمله، ولا ترفع يده عنه، لأنّ العمل حق عليه، ويمكن استيفاؤه منه بذلك، وأجرة المشرف عليه؛ فإن لم يتحفظ به استؤجر عليه من مال العامل من ينهى عنه العمل، لتعذر استيفاء العمل الواجب عليه منه، والقدرة عليه بذلك^(٥).

وذهب الحنابلة إلى ذلك، حيث إذا ثبتت خيانة العامل ضم إليه من يشرف عليه، ولا ترفع يده عن العمل؛ لأنّه يمكن استيفاؤه منه، فإن لم يمكن حفظه

(١) نظام وآخرون، الفتاوى الهندية، ج ٥، ص ٣٢١. الشلي، حاشية الشلي، بهامش تبين الحقائق، ج ٦، ص ٤٣٨.

(٢) الخطاب، مواهب الجليل، ج ٧، ص ٤٨٤. القرافي، الذخيرة، ج ٦، ص ١٢٠.

(٣) الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٥، ص ٢٧٣. المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدي، ج ٤، ص ٣٣٩. العيني، البناية شرح الهداية، ج ١١، ص ٥٢١.

(٤) الخطاب، مواهب الجليل، ج ٧، ص ٤٩١. ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج ٥، ص ١٨٣.

(٥) الشربيني، مغني المحتاج، ج ٣، ص ٤٣٦.

بذلك، أستؤجر من ماله من يعمل عنه؛ لأنه تعذر استيفاءه منه؛ فاستوفى بغيره^(١).

أما ما يرجع إلى العامل^(٢)؛ فنحو مرض العامل إذا كان يضعفه عن العمل، لأنَّ في إلزامه استئجار الأجراء زيادة ضرر عليه، ولم يلتزمه؛ فيجعل ذلك عذراً، وترك العمل إذا شرط عليه عمل نفسه، وسفر العامل، وكل ذلك على إحدى الروايتين، وعلى الرواية الأخرى لا يعتبر ذلك عذراً، والصحيح أنه يوفق بين هاتين الروايتين على النحو الآتي؛ إذا شرط المالك على العامل عمل نفسه كان عذراً. أما إذا أطلق، فليس عذراً، وعليه أن يستخلف غيره للقيام بالعمل.

وهل يحتاج الفسخ إلى القضاء؟ فيه روايتان^(٣):

الأولى: ينفرد صاحب العذر بالفسخ، ولا يحتاج في ذلك إلى القضاء أو التراضي.

الثانية: لا بد لصحة الفسخ من القضاء، أو التراضي.

(١) ابن قدامة، الكافي في الفقه، ج ٢، ص ١٩٥.

(٢) العيني، البناية شرح الهداية، ج ١١، ص ٥٢١. ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج ٩، ص ٣٥١. المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدي، ج ٤، ص ٣٣٩.

(٣) نظام وآخرون، الفتاوى الهندية، ج ٥، ص ٣٢١. ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج ٩، ص ٣٥١.

المبحث الرابع أثر العذر الطارئ في عقد المقاولة

المطلب الأول تعريف المقاولة لغة واصطلاحاً

الفرع الأول: تعريف المقاولة لغة :

المقاولة لغة مأخوذة من قول؛ فيقال: قَاوَلَهُ في أمره مُقَاوَلَةً، وتقاوَلَا، أي: تفاوضاً^(١).

الفرع الثاني: تعريف المقاولة اصطلاحاً :

لم يرد مصطلح المقاولة في المصطلحات الفقهية الواردة في باب المعاملات بشكل عام، أو العقود بشكل خاص. والسبب في ذلك، أنه مصطلح حديث الإطلاق، وذلك من حيث التسمية. أما من حيث حقيقته المتداولة بين الناس في الوقت الحاضر فهي لا تخرج عما ألفه الفقهاء من عقود؛ فهي موجودة في عقد الاستصناع، أو الإجارة، على ما يأتي في تكييف عقد المقاولة. ولذلك لا يمكن الوقوف على حدّ صريح للمقاولة عند الفقهاء.

أما في اصطلاحه المعاصر؛ فورد تعريفه في معجم لغة الفقهاء بأنه: «تعهد شخص القيام بعمل معين بعوض محدد بوقت محدد»^(٢).

(١) الرازي، مختار الصحاح، ص ٢٧٤. الفيومي، المصباح المنير، ج ٢، ص ٥٢٠.

(٢) قلعه جي، وقنيبي، معجم لغة الفقهاء، ص ٤٥٢.

وهذا التعريف قاصر عن شمول جميع أنواع المقاولة، إذ المقاولة قد ترد على العمل من المفاوض فقط، وهذا ما اقتصر عليه التعريف، وقد ترد على العمل والمادة من المفاوض معاً، وهذا ما قصر عنه التعريف.

وقريب من ذلك - مع اختلاف في بعض قيود التعريف - عرفه محمد لبيب شنب، بأنه: «عقد يقصد به أن يقوم شخص بعمل معين لحساب شخص آخر في مقابل أجر، دون أن يخضع لإشرافه، أو إدارته»^(١). ويرد عليه ما يرد على التعريف السابق.

وعرفه الزحيلي، وآخرون، بأنه: «عقد يتعهد أحد طرفيه بمقتضاه بأن يصنع شيئاً، أو يؤدي عملاً لقاء بدل يتعهد به الطرف الآخر»^(٢).

وهذا التعريف وإن اقترب من تمثيل عناصر عقد المقاولة إلا أنه غفل عن عنصر هام في العقد، وهو عنصر الزمن، إذ المقاولة تقوم في أساسها على الزمن، أي أنه عنصر أساس في التنفيذ، لذا يمكن تصور تعريف عقد المقاولة على النحو الآتي: «عقد يتعهد أحد المتعاقدين بمقتضاه القيام بعمل معين، أو صنع شيء ما، في زمن معين، مقابل أجر معلوم».

(١) شنب، شرح أحكام عقد المقاولة، ص ١١.

(٢) الزحيلي، العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي والقانون المدني الأردني، ص ٢٧٦. الزحيلي، بحث بعنوان: «عقود جديدة» (عقد المقاولة، بيع الاسم التجاري والترخيص، التنازل عن المنفعة بمقابل (بدل الحلو)، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية، كلية الشريعة والقانون، العدد الثاني (١٤٠٨ هـ / ١٩٨٨ م) ص ١٨ المؤمني، مسؤولية المفاوض والمهندس في عقد المقاولة، ص ١٣. وما يجدر الإشارة إليه أن هذا التعريف مُستقى من الأنظمة والقوانين المدنية في الدول العربية. انظر: السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ١، ص ٥. قره، أحكام عقد المقاولة، ص ١٥، ١٦، ١٧، ١٨. الفضلي، الوجيز في العقود المدنية (البيع، الإيجار، المقاولة) ص ٣٦٨. الدوري، مسؤولية المفاوض والمهندس، ص ٧.

المطلب الثاني

التكييف الفقهي لعقد المقاولة

مرّ فيما سبق، أنّ عقد المقاولة قد يرد على صنع شيء ما، أو عمل معين، وذلك وفق زمن محدد، بأجر معلوم، على حسب ما يتم الاتفاق عليه بين الطرفين.

ولذلك؛ فإن التكييف الفقهي لعقد المقاولة يتوقف على طبيعة، أو نوع العمل المتفق عليه بين الماقل، وربّ العمل المراد أدائه؛ فإن كان على صنع شيء ما؛ ففي هذه الحالة يتوجب على الماقل تحضير المواد المستخدمة في العمل، وذلك كالمراد اللازمة لإقامة بناء، من حديد، وأسمنت، وتوفير الأيدي العاملة، والمعدات اللازمة لذلك، وكافة ما يحتاج إليه العمل في ذلك.

هذا، ويلاحظ على طبيعة هذا النوع من الاتفاقات أن الماقل يلزم بتقديم المراد اللازمة (المادة) بالإضافة إلى العمل، ومثل هذه الحالة يمكن وصفها وفق هذا المفهوم بأنها استصناع^(١)؛ لأن الأصل في الاستصناع وفق مفهوم الحنفية أن يقدم الصانع المادة والعمل معاً، لذا عرّفوه بأنه: ((عقد على مبيع في الذمة شرط فيه العمل^(٢)، أو طلب العمل من الصانع في شيء خاص على وجه مخصوص^(٣)).

(١) ومن ذهب إلى تكييف عقد المقاولة بأنه عقد استصناع الزحيلي، العقود المسماة، ص ٢٧٦. قلعة جي، المعاملات المالية المعاصرة في ضوء الفقه والشرعة، ص ١٣٨. إلا أن قلعة جي عمم القول في جميع حالات المقاولة بأنها استصناع، والصحيح أنها في مثل هذه الحالة تقع استصناعاً فقط، على ما يأتي.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٤، ص ٩٣. السمرقندي، تحفة الفقهاء، ج ٢، ص ٥٣٨.

(٣) ابن عابدين، ردّ المختار على الدر المختار، ج ٢، ص ٣٦٥.

وبناء عليه؛ فإن المقابلة الواردة على هذه الصورة تنسجم في صورتها مع عقد الاستصناع المعروفة في الفقه الحنفي، وعليه تكون أحكامه مستقاة من أحكام عقد الاستصناع المقررة فقهاً^(١).

أما إذا وقع العقد بين ربّ العمل والمقاول على أداء العمل فقط، وهو أداء المهارة الفنية التي يمتلكها المقاول في مجال عمله، وقيام ربّ العمل بتوفير المواد اللازمة لهذا العمل؛ فإنه يمكن وصف هذا النوع من الاتفاق وفق المفهوم الفقهي بأنه إجارة على عمل؛ لأن المادة تقدم من ربّ العمل، والعمل من المقاول، وهذا من خصائص الإجارة على عمل^(٢).

هذا، والإجارة على عمل ترد على منفعة الصانع، أو العامل أو الحرفي، بحيث تكون المنفعة المعقود عليها متعلقة بالذمة، وذلك كاستئجار أرباب الحرف، والصنائع والعمال، ونحوهم للقيام بالبناء، مثلاً، أو الخياطة، أو النجارة، وما شابه ذلك^(٣).

وهذا النوع من الأعمال يختص به الأجير المشترك^(٤)، الذي يتقبل الأعمال من الناس، وتكون منفعته مشتركة بينهم، ويستحق الأجرة بعمله، لأن العمل يتعلق بذمته، لا بعينه.

(١) الزحيلي، العقود المسماة، ص ٢٧٦.

(٢) وعن أشار إلى أن مثل هذا النوع من المقابلة يكون من قبيل الإجارة على عمل. الزحيلي، العقود المسماة، ص ٢٧٥. الزحيلي، عقود جديدة (عقد المقابلة، بيع الاسم التجاري، والترخيص، التنازل عن المنفعة بمقابل «بدل الخلو») ص ١٧.

(٣) العيني، البناية شرح الهداية، ج ١٠، ص ٢٣٠. ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج ٥، ص ١٤٧. الشربيني، مغني المحتاج، ج ٣، ص ٤٤٣. البهوتي، كشف القناع، ج ٣، ص ٥٦١.

(٤) الأجير المعقود على منافعه في الإجارة الواردة على الذمة، نوعان:

الأول: الأجير الخاص: وهو الذي يستحق الأجرة بتسليم نفسه في المدة، عمل أم لم يعمل، لأنه بذل ما عليه.

وبناء عليه؛ فإن المقاوله التي تقع على نحو ذلك لا تخرج في أحكامها عن الإجارة الواردة على عمل، المعروفة في الفقه؛ فتكون أحكامها مستقاة منها.

ومما ينبغي أن يشار إليه، أن عقود المقاولات من إنشاءات، أو نقل، أو إعلان، ونحوها، لا تخرج من حيث المضمون عن الحالتين السابقتين، ولا عن أصلها الفقهي الذي ترجع إليه.

المطلب الثالث

الموقف الفقهي من فسخ عقد المقاوله بالعدر الطارئ

قبل المضي في بيان حكم فسخ عقد المقاوله بالعدر الطارئ لا بد من معرفة صفة عقد المقاوله من حيث اللزوم وعدمه، وحيث تبين مما سبق، أنه يقع استصناعاً تارة، وتارة أخرى إجارة على عمل، وذلك على حسب نوع الاتفاق المبرم بين الطرفين، فحكمه من حيث اللزوم وعدمه يرد على التفصيل الآتي:

(١) عقد الاستصناع:

فرق فقهاء الحنفية في عقد الاستصناع ما بين حالة ما قبل العمل، وبعده، على النحو الآتي^(١):

أ- قبل العمل: يعتبر عقد الاستصناع قبل العمل غير لازم، ولكل واحد من المتعاقدين الخيار في الامتناع عن العمل، كالبيع المشروط فيه الخيار للمتبايعين؛ فلكل واحد منهما الفسخ.

= والأخر: الأجير المشترك: وهو الذي يتقبل أعمالاً لمجموع الناس؛ فتكون منفعته مشتركة بينهم. انظر: ابن مودود، الاختيار لتعليل المختار، ج ٢، ص ٥٣، ٥٤. الشربيني، مغني المحتاج، ج ٣، ص ٤٧٧. البهوتي، كشف القناع، ج ٤، ص ٣٢، ٣٣.

(١) العيني، البناية شرح الهداية، ج ٨، ص ٣٧٥. السمرقندي، تحفة الفقهاء، ج ٢، ص ٥٣٨، ٥٣٩. الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٤، ص ٩٥. السرخسي، المبسوط، ج ١٢، ص ١٦٧.

ب- بعد العمل: إن كان بعد الفراغ من العمل، وقبل أن يراه المستصنع كان لهما الخيار، حتى كان للصانع أن يبيعه ممن شاء، لأن العقد لم يقع على عين المعمول، بل على مثله في الذمة؛ فلو اشترى من مكان آخر وسلم إليه جاز، ومبنى ذلك أن العقد ليس لازماً.

أما إذا أحضر الصانع العين على الصفة المشروطة؛ فقد سقط خياره، لأنه رضي بكونه للمستصنع، وليس له أن يبيعه، لأنه بالإحضار أسقط خياره، ولزم من جانبه. وللمستصنع الخيار، لأنه اشترى ما لم يره، والرسول ﷺ قال: «من اشترى شيئاً لم يره فهو بالخيار إذا رآه»^(١).

فإذا رآه إن شاء أجاز، ولا خيار له، أي ثبت اللزوم في حقه أيضاً، وإن شاء فسخ، وذلك عند أبي حنيفة، ومحمد، لأنه بمنزلة العين المبيع الغائب.

وروي عن أبي حنيفة أن للصانع الخيار أيضاً كما للآمر، لأن الصانع لا يمكنه تسليم المعقود عليه إلا بضرر، وهو قطع الجلد، وإتلاف الخيط، ونحوه.

وروي عن أبي يوسف أنه لا خيار لهما - الصانع والآمر؛ فإذا جاء الصانع به على وصفه له؛ فلا خيار للمستصنع استحساناً، لأن في إثبات الخيار له

(١) أخرجه: الدارقطني، في سننه، كتاب البيوع، ج ٣، ص ٤، ٥. عن داهر بن نوح عن عمر بن إبراهيم بن خالد عن وهب الشكري عن محمد بن سيرين عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «من اشترى شيئاً لم يره فهو بالخيار إذا رآه». وفيه عمر بن إبراهيم، ويقال له الكردي، يضع الأحاديث، وهذا باطل لا يصح، لم يروه غيره. والراوي عن الكردي داهر بن نوح، وهو لا يعرف، ولعل الجنابة منه. البيهقي، السنن الكبرى، كتاب البيوع، باب من قال يجوز بيع العين الغائبة، ج ٥، ص ٤٣٩، ٤٤٠. عن أبي بكر بن عبد الله بن أبي مريم عن مكحول رفع الحديث إلى النبي ﷺ قال: «من اشترى شيئاً لم يره فهو بالخيار إذا رآه، إن شاء أخذه، وإن شاء تركه». وهذا مرسل، وأبو بكر بن عبد الله بن أبي مريم ضعيف، وروي من وجه آخر عن النبي ﷺ ولا يصح. انظر في ذلك: الزيلعي، نصب الراية لأحاديث الهداية، كتاب البيوع، باب خيار الرؤية، ج ٤، ص ٩.

إضراراً بالصانع؛ ففي نفيه دفع للضرر عن الصانع في إفساد جلده، وآلاته، وربما لا يرغب غيره في شرائه على تلك الصفة، وقد لا يشتريه غيره أصلاً؛ فلدفع الضرر عنه قيل بأنه لا يثبت له الخيار. أما الصانع فبما أن الاستصناع بيع، ولا خيار للبائع فيما لم يره؛ فلا خيار له.

والصحيح في المذهب، أن للمستصنع الخيار دون الصانع، لأنه المشتري لم يره، فثبت له الخيار.

والراجع ما ذهب إليه أبو يوسف من أنه إذا جاء الصانع بالمعقود عليه على الصفة التي شرطها المستصنع، لا خيار لهما، لأن القول بثبوت الخيار يتنافى مع أساس مشروعية الاستصناع، وأساس مشروعيته سدّ الحاجة؛ فإذا ملك الصانع هذا الحق تصرف في المعقود عليه في أي وقت شاء، سواء ببيع، أو غيره، وهذا مما يتضرر معه المستصنع الذي أقدم عليه لسدّ حاجة ما عنده، وبذلك لا يتحقق مقصوده من العقد، وهذا يتنافى مع شرعية العقود، وكذلك الحال بالنسبة للمستصنع؛ فإذا ثبت الخيار له بعد أن جاء الصانع به على الصفة المشروطة في العقد؛ ففيه ضرر عليه، من إفساد الجلد، أو الخيط أو آلاته؛ فالذي يتوافق مع مقاصد الشريعة في باب العقود هو القول باللزوم من الطرفين بعد إحضاره على الصفة المشروطة^(١).

والذي يتوافق مع عقد المفاوضة هو القول باللزوم؛ لأن من المفاوالت ما تكون باهضة التكاليف؛ الأمر الذي يتعسر معه القول بأنه من العقود الجائزة؛ لأنه يترتب عليه الإحجام عن مثل هذا النوع من المعاملات، وخاصة أن الناس

(١) ذهب مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره السابع - بمكة في المملكة العربية السعودية في (١٤١٢هـ/ ١٩٩٢م). قرار رقم ٧/٣/٦٦، بند (١) بشأن عقد الاستصناع إلى أن عقد الاستصناع - هو عقد وارد على العمل والعين في الذمة - ملزم للطرفين، إذا توافرت فيه الأركان والشروط.

في حاجة ماسة إلى مثل هذا النوع؛ فالقول باللزوم يشكل ضماناً حقيقياً لطرفي العقد، ويعطي دافعاً قوياً للدخول فيها، وسدّ حاجة الناس في بابها، على أن تقع وفق الشروط والمواصفات المتفق عليها في بنود العقد بين الطرفين.

(٢) عقد الإجارة على عمل:

مرّ في مبحث بيان صفة عقد الإجارة ^(١) من حيث اللزوم، وعدمه أن الفقهاء اختلفوا في حكم ذلك على قولين:

القول الأول: ذهب الحنفية ^(٢)، والمالكية ^(٣)، والشافعية ^(٤)، والحنابلة ^(٥)، إلى أن عقد الإجارة بنوعيه - الإجارة الواردة على العين، والإجارة الواردة على الذمة - إذا وقع خالياً من الخيارات أصبح لازماً من الطرفين، المؤجر والمستأجر.

القول الثاني: ذهب شريح، وابن أبي ليلى إلى أن عقد الإجارة عقد جائز ^(٦).

وتبيّن في موضعه بعد عرض الأدلة من الطرفين والمناقشة أن القول الراجح ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من أن عقد الإجارة عقد لازم، لا يستبد أحد طرفيه بفسخه دون مسوغ شرعي.

وبذلك ثبت أن عقد المقاولة يقع لازماً في جميع صورته؛ فلا يملك أحد طرفيه فسخه دون مسوغ شرعي يبرر ذلك.

(١) انظر من هذا البحث، ص (١٧٧، ١٧٨، ١٧٩).

(٢) الزيلعي، تبين الحقائق، ج ٦، ص ١٦٠.

(٣) ابن عرفة، حاشية الدسوقي، ج ٤، ص ٣.

(٤) الشيرازي، المذهب، ج ١، ص ٤٠٠.

(٥) البهوتي، كشف القناع، ج ٤، ص ٢٣.

(٦) العيني، البناية شرح الهداية، ج ١٠، ص ٣٤٧.

أما الفسخ بالعدر الطارئ؛ فيمكن تصوره في عقد المعاولة من خلال التكيف الفقهي له، والذي ثبت فيه أن عقد المعاولة قد يقع في أحد صوره إجارة على عمل، وفي الأخرى استصناعاً.

ومنه، يمكن تحديد قابلية عقد المعاولة للفسخ بالعدر الطارئ من عدمه على النحو الآتي:

(١) الإجارة الواردة على العمل:

اختلف الفقهاء في حكم فسخ عقد الإجارة - على ما مرّ سابقاً^(١) - بالعدر الطارئ على قولين:

القول الأول: ذهب الحنفية^(٢)، والظاهرية^(٣)، والمتيطي من المالكية^(٤) إلى فسخ عقد الإجارة بالعدر الطارئ إذا منع أحد طرفيه من استيفاء منفعة المعقود عليه، إلا بضرر زائد يلحقه في نفسه، أو ماله.

القول الثاني: ذهب المالكية^(٥)، والشافعية^(٦)، والحنابلة^(٧) إلى أن عقد الإجارة لا ينفسخ إلا بما تنفسخ به العقود اللازمة من وجود عيب، أو ذهاب محل استيفاء المنفعة في المعقود عليه؛ فإذا لم يطرأ شيء من ذلك؛ فلا يجوز فسخ عقد الإجارة.

(١) انظر من هذا البحث: (١٩٥، ١٩٦).

(٢) نظام وآخرون، الفتاوى الهندية، ج ٤، ص ٤٦٢. العيني، البناية شرح الهداية، ج ١٠، ص ٣٤٧.

(٣) ابن حزم، المحلى، ج ٨، ص ١٨٧.

(٤) مياره، شرح مياره الفاسي على تحفة الحكام، ج ٢، ص ١٦٧. التسولي، البهجة في شرح التحفة، ج ٢، ص ٢٥٣، ٢٥٢.

(٥) ابن جزي، القوانين الفقهية، ص ١٨٣. ابن نصر، المعونة على مذهب عالم المدينة، ج ٢، ص ١٠١.

(٦) النووي، روضة الطالبين، ج ٤، ص ٣٠٩. الماوردي، الحاوي الكبير، ج ٧، ص ٣٩٣.

(٧) ابن مفلح، المبدع شرح المقنع، ج ٤، ص ٤٢٢. الرحيباني، مطالب أولي النهى، ج ٣، ص ٦٥٥.

وتبين بعد بيان الأدلة، والمناقشة، والتحليل أن قول الحنفية، والظاهرية، والمتيطي من المالكية، هو القول الراجح؛ فكل عذر لا يمكن معه استيفاء منفعة العقود عليه إلا بضرر زائد، غير مستحق في أصل العقد، يثبت به حق الفسخ.

(٢) عقد الاستصناع:

مقتضى مذهب الحنفية أن عقد الاستصناع لا يحتاج إلى فسخ بالعذر الطارئ، لأن صفته عندهم عدم اللزوم؛ فكل من المتعاقدين يملك حق الفسخ بمقتضى الجواز، وليس هنالك حاجة تستدعي القول بمبدأ العذر الطارئ.

أما على القول باللزوم - وهو الراجح على حسب ما يقتضيه واقع الاستثمارات في هذا الجانب - فيمكن تصور مبدأ العذر الطارئ في عقد الاستصناع قياساً على مقتضى أصول المذهب الحنفي في الأخذ بالعذر الطارئ.

ومما يقوي القياس على أصول المذهب، أن فقهاء الحنفية يرون أن عقد الاستصناع شبيه بعقد الإجارة من حيث إن فيه طلب الصنع، وهو العمل، إذ يعتبر بذلك قد تحقق فيه معنى الإجارة^(١)، والإجارة تفسخ بالعذر الطارئ؛ فكذلك عقد الاستصناع.

أما مقتضى أصول المالكية، والشافعية، والحنابلة؛ فتأبى مبدأ العذر الطارئ، كمسوغ شرعي لفسخ العقد بالعذر الطارئ، مما يعني ذلك، أن الخلاف السابق في الأخذ بالعذر الطارئ يتصور في هذا العقد.

وبناء على ما سبق بيانه، يمكن القول بجواز فسخ عقد المقاولة بالعذر الطارئ، وذلك كإفلاس صاحب العمل، أو مرض المكاول إن كان عمله مقصوداً بعينه، ونحو ذلك على ما مرّ تفسيره في عقد الإجارة، المزارعة، والمساقاة.

(١) الزيلعي، تبين الحقائق، ج٤، ص٥٢٧، ٥٢٨. ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج٧، ص١٠٨.

ومما ينبغي أن يشار إليه، أن الفسخ بسبب العذر الطارئ إذا وقع بالتراضي بين الطرفين، تم، ونفذ، وإن لم يكن بالإمكان ذلك، رفع الأمر إلى القضاء للفصل فيه، قياساً على أصول الحنفية في عقد الإجارة.

المبحث الخامس أثر العذر الطارئ في عقد التوريد

المطلب الأول تعريف التوريد لغة واصطلاحاً

الفرع الأول: تعريف التوريد لغة:

جاء في مادة (وَرَدَ) يَرِدُ بالكسر وَرُوداً، أي: حَضَرَ، وَأُورِدَهُ غَيْرُهُ
وَاسْتُورِدَهُ: أَحْضَرَهُ الْمَوْرِدَ؛ فيقال: أوردَ فلانُ الشيءَ: أحضره، واستُورِدَ: طلب
السلعة، ونحوها، وجلبها من خارج البلاد^(١).

الفرع الثاني: تعريف التوريد اصطلاحاً:

يعتبر عقد التوريد من العقود الحديثة التي أفرزها متطلبات الحياة المعاصرة،
لسد الحاجة في هذا الباب، ومفاد ذلك: أنَّ المفهوم الاصطلاحي لعقد التوريد
يتوقف على ما يصدر من اجتهادات معاصرة أتت على تحديد مفهومه وفق
المنظور الفقهي إلى طبيعة هذه المعاملة.

فمنها تعريف فتيحه قره، وهو: العقد الذي يلتزم المورد بمقتضاه بتسليم
الطرف الآخر كميات من الأشياء موضوع التعاقد بصفة دورية، ومنتظمة خلال
فترة زمنية معينة^(٢).

(١) الرازي، مختار الصحاح، ص ٣٤٩. الفيومي، المصباح المنير، ج ٢، ص ٦٥٥. الفيروزآبادي،
القاموس المحيط، ص ٢٩٤. مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، ج ٢، ص ١٠٣٥.

(٢) قره، أحكام عقد المقاوله، ص ٣٨٠.

ويناقش هذا التعريف من جانبين:

الأول: قصر التوريد على التعاقد الذي يتم بصفة دورية، أو مستمرة، في حين لا يستلزم التوريد ذلك في الأحوال كافة؛ فقد يقع على دفعة واحدة، أو أكثر بصفة دورية، أو مستمرة، وذلك على حسب طبيعة الاتفاق بين الطرفين على التسليم.

الثاني: إغفال ذكر العوض المعلوم المتفق عليه من الطرفين، في حين أظهر الطرف المقابل للعوض، وهو تسليم المبيع للطرف الآخر.

ومنها تعريف السنهوري؛ فقال: عقد يلتزم به أحد المتعاقدين أن يورد للمتعاقد الآخر شيئاً معيناً يتكرر مدة من الزمن^(١).

وهذا التعريف لم يفصح عن حقيقة التوريد المطلوبة؛ إذ عرف المصطلح بنفسه، وهو من قبيل تعريف الشيء بنفسه، وهو عيب، عدا أنه لا يُعتد به لعدم بيانه لحقيقة المعرف.

ومنها تعريف عبد الوهاب أبو سليمان؛ حيث قال: عقد على موصوف في الذمة يدفع جملة، أو أقساطاً في زمن ومكان معينين بثمن معلوم مؤجل جملة، أو أقساطاً^(٢).

ويتفق هذا التعريف مع التكييف الفقهي للتوريد - على ما سيأتي بيانه - وهو منسجم في الوقت نفسه مع طبيعته الخاصة التي يقوم عليها، حيث قضى بأن عقد التوريد عقد يلتزم أحد المتعاقدين بمقتضاه تسليم شيء معين إلى الطرف

(١) السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج ١، ص ١٦٧.

(٢) أبو سليمان، بحث بعنوان: «عقد التوريد» بحث مقدم إلى المؤتمر الأول للمستجدات الفقهية في معاملات البنوك الإسلامية، الجامعة الأردنية، عمان، سنة ١٩٩٤، ص ١٤.

الآخر، سواء كان دفعة واحدة، أو بصورة دورية، أو مستمرة في فترة زمنية متفق عليها، مقابل عوض معلوم يتفق عليه، وبذلك يكون أرجح التعريفات الواردة في خصوصه.

المطلب الثاني

التكييف الفقهي لعقد التوريد

يعتبر عقد التوريد من العقود الحديثة التي أنتجها التطور في باب المعاملات بين الناس لسدّ الحاجات المختلفة لهم، وبسبب حداثة هذا العقد من حيث صورته ومسمّاه تعددت وجهات النظر في تكييفه، أرجحها ^(١) ما ذهب إليه عبدالوهاب أبو سليمان من أنّ عقد التوريد في جوهره ومضمونه عقد من عقود المعاوضات ينتهي بتمليك السلعة للمشتري، والتمن للبائع بصورة مؤبّدة، وهو بهذا المعنى قد حقق مفهوم البيع شرعاً، وأنه من قبيل (بيوع الصفات) لا (بيوع الأعيان)، إذ إنّ الوصف غالباً، أو العينة والنموذج، هو وسيلة التعريف بالمبيع، لا الرؤية والمشاهدة، وهو بذلك يعد في مضمونه، ومدلوله صيغة جديدة من صيغ البيع، ونوعاً منه، متفقاً معه في الأهداف ابتداء وانتهاء، متميزاً عنه بتأجيل العوضين المبيع والتمن إلى وقت محدد في المستقبل ^(٢).

(١) هناك من ذهب إلى أن عقد التوريد يجمع ما بين عقد السلم والإجارة. انظر: أبو البصل، رسالة بعنوان: «عقد المقاولة والتوريد في الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني»، مقدمة للجامعة الأردنية، سنة ١٩٩٥، ص ١٢١. وورد فيها ما نصّه: «... وهذا لأن عقد التوريد يجمع بين معنى عقد السلم وعقد الإجارة، لذا تستمد أحكامه من أحكام هذين العقدتين معاً، وهذا أمر مقرر في الفقه الإسلامي».

هذا، ولم يأت بالمسوخ الذي يبرر وجه العلاقة ما بين عقد السلم، والإجارة وعقد التوريد، وإنّما قام بذكر خصائص عقد التوريد من الناحية القانونية، ثم أسقطها عليه من الناحية الشرعية، وتخرجه على أنه عقد يجمع ما بين عقد السلم والإجارة، وهذا مما أوقعه في الالتباس، وعدم الصواب في تكييفه.

(٢) أبو سليمان، عقد التوريد، ص ١٢، ١٣.

هذا، ويمكن التسليم بأن عقد التوريد عقد بيع من حيث الجوهر والمضمون، وأنه صيغة من صيغ البيع الجديدة، ونوع من أنواعه، مع بقاء الخصوصية التي أضيفت إليه من تسليم المبيع على دفعة واحدة، أو على مراحل في نطاق زمني محدد في العقد، وتأجيل تسليم الثمن إلى حين استلام المبيع، أو دفع جزء منه عند الاتفاق، وآخر منجماً على أقساط على حسب ما يستلم المشتري من المبيع. ولكن لا يمكن التسليم من حيث الإطلاق بأن عقد التوريد من بيوع الصفات، لأن بيوع الصفات تقع سلماً، وفي الحقيقة أن عقد التوريد ليس من باب السلم^(١)؛ فكان هذا الإطلاق يوقع الوهم بأنه من قبيل السلم.

والدليل على ذلك، أن البيوع ضربان^(٢)؛ أحدهما: بيوع الصفات، وهي السلم، والآخر: بيوع الأعيان، وهي ضربان: الأول: العين الحاضرة. والثاني: العين الغائبة، وهي على ضربين: موصوفة، وغير موصوفة^(٣).

وعند التحقيق يعلم أن عقد التوريد يقع في دائرة بيع العين الغائبة الموصوفة، وهي فرع من فروع بيوع الأعيان لا الصفات.

وبذلك، اتضح أن الأصل الفقهي الذي يستند إليه عقد التوريد هو: «بيع العين الغائبة عن مجلس العقد على الصفة» وهذا يتم من خلال وضع مواصفات وشروط معينة للعين الغائبة المراد شراؤها في بنود العقد المبرم بين البائع والمشتري عند التعاقد.

(١) ووجه الفرق بين السلم، والعين الغائبة، أن عقد السلم مضمون في الذمة، والعين الغائبة غير مضمونة في الذمة. انظر: النووي، روضة الطالبين، ج ٣، ص ٤٣.

(٢) الماوردي، الحاوي الكبير، ج ٥، ص ١٤.

(٣) لعل إطلاق الوصف وعدمه على العين الغائبة هو الذي أوقع الباحث في الإشكال من حيث الإطلاق، بدليل أنه أتى فيما بعد على أحكام بيع العين الغائبة؛ فكانت هي المقصودة في التكيف لا غيرها.

فإذا ثبت ذلك؛ فلا بد من معرفة حكم بيع العين الغائبة عن مجلس العقد على الصفة، وبيان ذلك على النحو الآتي:

(١) تحرير محل الخلاف بين الفقهاء:

- اتفق الفقهاء على صحة بيع العين الحاضرة المرئية في مجلس العقد^(١).
- اتفقوا على عدم صحة بيع المعدم، وما لا يقدر على تسليمه، وذلك لما فيه من الغرر، لما روي عن أبي هريرة «أن النبي ﷺ نهى عن بيع الغرر»^(٢)، والغرر ما انطوى عن المشتري أمره، وخفي عليه عاقبته^(٣).
- اختلفوا في بيع العين الغائبة عن مجلس العقد على الصفة.

(٢) سبب الخلاف بين الفقهاء:

منشأ الخلاف بين الفقهاء في حكم بيع الغائب على الصفة هو: هل نقصان العلم المتعلق بالصفة عن العلم المتعلق بالحس هو جهل مؤثر في بيع الشيء فيكون من الغرر الكثير، أم ليس بمؤثر، وأنه من الغرر اليسير المعفو عنه؛ فمن الفقهاء من رآه من الغرر الكثير، ومنهم من رآه من الغرر اليسير، ومنهم من رأى أنه إذا كان للمشتري خيار الرؤية، أنه لا غرر هناك، وإن لم تكن له رؤية فهناك غرر^(٤).

(١) الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٤، ص ٣٢٦. ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج ٤، ص ٥٢٢. ابن نصر، المعونة على مذهب عالم المدينة، ج ٢، ص ٢٠. الشافعي، الأم، ج ٣، ص ٣٨. الزركشي، شرح الزركشي، ج ٣، ص ٣٨٣. ابن حزم، المحلى، ج ٨، ص ٣٣٦.

(٢) أخرجه: مسلم في صحيحه، كتاب البيوع، باب بطلان بيع الحصة والبيع الذي فيه غرر، ج ٣، ص ١١٥٣، بلفظ: «نهى رسول الله ﷺ عن بيع الحصة، وعن بيع الغرر».

(٣) الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٤، ص ٣٢٦-٣٤١. الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك، ج ٣، ص ٩-١٥. ابن رشد، المقدمات الممهدة، ج ٢، ص ٥٤٧. الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، ج ١، ص ٢٦٢، ٢٦٣. الحجاوي، الإقناع، ج ٢، ص ٦٤. الزركشي، شرح الزركشي، ج ٣، ص ٣٨٣. التنوخي، الممتع في شرح المقنع، ج ٣، ص ٣١.

(٤) ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج ٤، ص ٥٥٣.

٣) حكم بيع العين الغائبة على الصفة:

اختلف الفقهاء في حكم بيع العين الغائبة على الصفة على قولين:

القول الأول: ذهب الحنفية^(١)، والمالكية^(٢)، والشافعية في قول^(٣)، والحنابلة في الرواية الصحيحة^(٤) والظاهرية^(٥) إلى جواز بيع العين الغائبة عن مجلس العقد على الصفة.

(١) الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٤، ص ٣٦٥. المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدي، ج ٣، ص ٣٤. ابن مودود، الاختيار لتعليل المختار، ج ٢، ص ١٥. العيني، البناية شرح الهداية، ج ٨، ص ٨١. وأجاز الحنفية بيع العين الغائبة غير الموصوفة، كما أجازوا بيع العين الغائبة الموصوفة، وأثبتوا للمشتري خيار الرؤية.

(٢) ابن رشد، المقدمات الممهدة، ج ٢، ص ٥٥١. ابن عرفة، حاشية الدسوقي، ج ٣، ص ٢٥. أبو الضياء، مختصر خليل، بهامش جواهر الأكليل للأبي، ج ٢، ص ٩. ابن نصر، المعونة على مذهب عالم المدينة، ج ٢، ص ٢٠. ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج ٤، ص ٥٥٣. وهنالك قول في المذهب يقضي بجواز بيع العين الغائبة من غير صفة على شرط الخيار للمشتري في الإمضاء، أو الردّ بالرؤية للمبيع، وقول آخر لا يميز بيع الغائب بلا وصف مطلقاً، ولو كان على الخيار، لأن من الغرر الثابت ينهي النبي ﷺ عن بيع الغرر، ولأنه مجهول، واشترط خيار الرؤية لا ينفع، ولأن تأخر معرفة المبيع عن العقد يؤذن ببطلانه، كالسلم إذا لم يوصف حال العقد.

(٣) الماوردي، الحاوي الكبير، ج ٥، ص ١٤، ١٨. الشريفي، مغني المحتاج، ج ٢، ص ٣٥٧. الشيرازي، المذهب في فقه الإمام الشافعي، ج ١، ص ٢٦٣. الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج ٣، ص ٤١٦. وذهب الشافعية إلى أن بيع الغائب غير الموصوف باطل.

(٤) البهوتي، كشف القناع، ج ٣، ص ١٦٤، ١٦٥. المرادوي، الإنصاف، ج ٤، ص ٢٨٧. التنوخي، المتع في شرح المقنع، ج ٣، ص ٣٤. ابن مفلح، المبدع شرح المقنع، ج ٤، ص ٢٥. وذهب الحنابلة إلى أنه إذا المبيع لم يوصف، لا يصح البيع، لعدم العلم بالمبيع، وفي رواية يصح البيع، لعموم قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ [البقرة: ٢٧٥]، وهذا إذا ذكر جنسه، وإلا لم يصح البيع رواية واحدة.

(٥) ابن جزم، المحلى، ج ٨، ص ٣٣٧، ٣٤٣. وذهب الظاهرية إلى أن البيع إذا وقع على عين غير موصوفة؛ فلا يصح البيع، لقوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَتْ تَحْرَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ [النساء: ٢٩]، ولا يمكن أصلاً وقوع التراضي على ما لا يدري قدره، ولا وصفه، ولما ثبت من نهي النبي ﷺ عن بيع الغرر (سبق تفريجه ص ٢٦٦)، وهذا عين الغرر؛ لأنه لا يعرف ما الذي يُشترى، أو يباع.

وهذا من حيث الجملة، أما من حيث التفصيل؛ فقد أجاز الحنفية بيع العين الغائبة مع ثبوت خيار الرؤية للمشتري؛ فإن شاء أخذها، وإن شاء ردّها. ومفاد ذلك، أن الشراء على الصفة عندهم غير لازم، لأن عدم الرؤية يمنع من تمام الصفقة، ولأن جهالة الوصف تؤثر في الرضا؛ فتوجب خللاً فيه، واختلال الرضا في المبيع يوجب الخيار، ومفهومه، أنه بعد تمام الرضا يقع لازماً من الطرفين، وليس للبائع مطالبة المشتري بالثمن ما لم يسقط خيار الرؤية منه، لعدم تمام العقد قبله^(١). قال الكاساني: «وإن كان المبيع غائباً عن حضرتهما فللمشتري أن يمتنع عن التسليم حتى يحضر المبيع، لأن تقديم تسليم الثمن لتحقيق المساواة، وإذا كان المبيع غائباً لا تتحقق المساواة بالتقديم، بل يتقدم حق البائع، ويتأخر حق المشتري حيث يكون الثمن بالقبض عيناً مشاراً إليه، والمبيع لا، ولأن من الجائز أن المبيع قد هلك، وسقط الثمن عن المشتري؛ فلا يؤمر بالتسليم إلا بعد المبيع، سواء كان المبيع في ذلك المصّر، أو في موضع آخر بحيث تلحقه المؤونة بالإحضار»^(٢).

أما المالكية^(٣)؛ فذهبوا إلى جواز بيع الغائب على الصفة بخمسة شروط،

هي:

الأول: أن لا يكون المبيع بعيداً جداً عن المتعاقدين.

(١) ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج ٦، ص ٣١١، ٣١٣، ابن عابدين، ردّ المختار على الدرّ المختار، ج ٧، ص ٣٨، ١١٩. الشلي، حاشية الشلي، بهامش تبين الحقائق، ج ٤، ص ٣٢١. ابن مودود، الاختيار لتعليل المختار، ج ٢، ص ١٥. العيني، البناية شرح الهداية، ج ٨، ص ٨١، ٨٤.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٤، ص ٤٨٩.

(٣) ابن نصر، المعونة على مذهب عالم المدينة، ج ٢، ص ٢٠، ٢١، ٢٢. ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج ٤، ص ٥٥٣. الزرقاني، شرح الزرقاني، ج ٥، ص ٣٨. ابن عرفة، حاشية الدسوقي، ج ٣، ص ٢٥. ابن جزري، القوانين الفقهية، ص ١٦٩، ١٧٠.

الثاني: أن يكون المبيع غائباً عن مجلس العقد.

الثالث: أن يصفه غير البائع.

الرابع: أن يحصر الأوصاف المقصودة كلها.

الخامس: أن لا ينقد المشتري ثمن المبيع بشرط، إلا في المأمون بعدم تغيره، وأمنه في الغائب كالعقار والدور، ولا يجوز في الحيوان، والمأكول، ما لا يؤمن تغيره، والفرق أن المأمون يقل الغرر فيه، وغير المأمون يكثر الغرر فيه؛ فاشتراط النقد فيه غرر، ولأنه يدخله سلف وبيع، لأن النقد يتردد بينهما، لأن المبيع إن سلم كان نقداً، وإن لم يسلم كان البائع قد انتفع بالثمن ثم رده إلى المشتري. أما إن تبرع المشتري بنقد الثمن فيجوز.

أما من حيث لزوم البيع؛ فإن جاء المبيع على الصفة المشروطة لزم البيع، ولم يكن له خيار الرؤية، لأنه مبيع موصوف قبض على صفته؛ فلم يكن له خيار الرؤية، كالسلم، إلا أن يشترطه في العقد؛ فيثبت له بالشرط؛ فإن جاء على خلافها؛ فإن كان فيه زيادة؛ فلا خيار له، لأنه إذا لم يثبت له الخيار مع الموافقة؛ فمع الزيادة أولى، ولأن الخيار إنما يثبت للنقص لا الزيادة، وإن كان فيه نقص؛ فالمشتري بالخيار في الإمضاء والفسخ، لأن المبيع لم يسلم له على الوجه الذي دخل عليه، كما لو وجد عيباً.

أما الشافعية^(١)؛ فقيدوا جواز بيع العين الغائبة على الصفة في قولهم هذا، بأن يذكر الجنس، والنوع؛ فإن وجد المشتري المبيع على خلاف ما وصف ثبت له الخيار، وإن وجدته على ما وصف، أو فيه زيادة، ففيه وجهان:

(١) الشيرازي، المذهب في فقه الإمام الشافعي، ج ١، ص ٢٦٣، ٢٦٤. الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج ٣، ص ٤١٦. الشربيني، مغني المحتاج، ج ٢، ص ٣٥٧. الشافعي، الأم، ج ٣، ص ٤٠.

أحدهما: لا خيار له، لأنه وجده على ما وصف؛ فلم يكن له خيار،
كالمسلم فيه.

الثاني: أن له الخيار؛ لأنه يعرف بيع خيار الرؤية؛ فلا يجوز أن يخلو من
الخيار.

والراجع ثبوت الخيار للمشتري، وهو مقتضى الوجه الثاني، ومفاده، أن
العقد غير لازم قبل الرؤية، أما على الوجه الآخر؛ فيكون العقد لازماً للطرفين
إذا وجد على الصفة المشروطة في العقد.

أما إذا جهل جنس المبيع، أو نوعه، فلا يصح بيعه.
أما الخنابلة^(١)؛ فاشتروا لصحة بيع الغائب على الأصح الشروط الآتية:
الأول: قبض المبيع، أو قبض ثمنه في مجلس العقد؛ لأنه في معنى السلم.
الثاني: ذكر أوصاف المبيع الغائب؛ لأنه لما عدت المشاهدة للمبيع وجب
استقصاء صفاته، كالمسلم.

الثالث: أن لا يكون بلفظ سلم، أو سلف لأنه يكون عندئذ سلماً.
وهل يثبت للمشتري خيار الرؤية على هذه الرواية، في ذلك روايتان:
أشهرهما: ثبوت الخيار، وللمشتري عند رؤية المبيع حق الإمضاء أو
الفسخ، ومقتضى هذه الرواية عدم لزوم البيع.

والأخرى: ليس للمشتري الخيار؛ لأن البائع سلم المعقود عليه بصفاته؛ فلم
يكن له الخيار، كالمسلم فيه، ولأنه مبيع موصوف؛ فلم يكن للعاقد فيه الخيار في
جميع الأحوال كالمسلم، ومقتضى هذه الرواية لزوم البيع.

(١) البهوتي، كشف القناع، ج ٤، ص ١٦٤. ابن قدامة، الكافي، ج ٢، ص ١٠. ابن قدامة، المغني،
ج ٣، ص ٤١١، ٤١٢. ابن مفلح، المبدع شرح المقنع، ج ٤، ص ٢٥، ٢٦.

وهذا إن وجد المبيع على الصفة، أما إن وجد على خلاف ذلك؛ فللمشتري الفسخ، لأنه وجد الموصوف بخلاف الصفة؛ فلم يلزمه، كالسلم.

أما الظاهرية^(١)؛ فذهبوا إلى أنه إذا وجد المبيع على الصفة التي وقع البيع عليها، جاز النقد فيه، ووقع لازماً بلا خيار، أما إن وجد على خلاف ذلك؛ فلا بيع بينهما إلا بتجديد صفة أخرى برضاها جميعاً.

الأدلة:

استدل القائلون بجواز بيع العين الغائبة عن مجلس العقد على الصفة بالأدلة الآتية:

الدليل الأول: عموم قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ [البقرة: ٢٧٥].

وجه الدلالة من الآية: أن بيع العين الغائبة على الصفة يدخل في عموم الآية؛ فيكون البيع جائزاً^(٢).

وأجيب عن الاستدلال بالآية: إن سُلّم أنها عامة؛ فهي مخصوصة بأدلتنا^(٣).

الدليل الثاني: قوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾ [النساء: ٢٩].

وجه الدلالة من الآية: إن بيع الغائب بيع داخل فيما أحله الله تعالى، وفي التجارة التي يتراضى بها المتبايعان؛ فكل ذلك حلال إلا بيعاً حرمه الله تعالى على لسان رسوله ﷺ في القرآن والسنة الثابتة، ولم يرد ذلك، فيكون حلالاً^(٤).

(١) ابن حزم، المحلى، ج ٨، ص ٣٣٧.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٤، ص ٣٦٦.

(٣) الماوردي، الحاوي الكبير، ج ٥، ص ١٧. ابن مفلح، المبدع شرح المقنع، ج ٤، ص ٢٥. ابن

قدامة، المغني، ج ٣، ص ٤١١.

(٤) ابن حزم، المحلى، ج ٨، ص ٣٤١.

ويجاب عنه بما أجيب عن الاستدلال السابق.

الدليل الثالث: قوله تعالى: ﴿وَلَمَّا جَاءَهُمْ كِتَابٌ مِّنْ عِندِ اللَّهِ مُصَدِّقٌ لِّمَا مَعَهُمْ وَكَانُوا مِن قَبْلُ يَسْتَفْتِحُونَ عَلَى الَّذِينَ كَفَرُوا فَلَمَّا جَاءَهُمْ مَا عَرَفُوا كَفَرُوا بِهِ فَلَعْنَةُ اللَّهِ عَلَى الْكَافِرِينَ﴾ [البقرة: ٨٩].

وجه الدلالة من الآية: أنَّ اليهود كانوا يجدون في التوراة نعت النبي ﷺ وصفته؛ فكانوا يحدثون بذلك، ويستفتحون به على الذين كفروا، أي يستنصرون به على كفار العرب، ويقولون: اللهم ائت بهذا النبي الذي يقتل العرب ويذلهم، لأنَّهم كانوا يرجون أن يكون منهم، فلما بعثه الله تعالى من العرب، ولم يكن منهم حسدوه، وكفروا به؛ فقال معاذ بن جبل، وبشر بن البراء: يا معشر اليهود اتقوا الله، وأسلموا؛ فقد كنتم تستفتحون علينا بمحمد، ونحن أهل شرك، وتخبروننا أنَّه مبعوث، وتصفوه لنا بصفته؛ فقالوا: ما جاء بشيء نعرفه، وما هو هذا الذي كنا نخبركم به؛ فأنزل الله - عزَّ وجلَّ - تكذيب قولهم في كتابه، وذلك قوله: ﴿فَلَمَّا جَاءَهُمْ مَا عَرَفُوا كَفَرُوا بِهِ﴾ ، فلما قال الله تعالى: ﴿فَلَمَّا جَاءَهُمْ مَا عَرَفُوا﴾ وهم لم يعرفوه قبل إلا بصفته التي وجدوها في التوراة دلَّ ذلك على أنَّ المعرفة بالصفة معرفة بعين الشيء الموصوف^(١).

الدليل الرابع: ما روى عن أبي هريرة عن النبي ﷺ أنَّه قال: «من اشترى شيئاً لم يره، فهو بالخيار إذا رآه»^(٢).

وجه الدلالة من الحديث: أنَّ الخيار لا يثبت شرعاً إلا في بيع مشروع^(٣).

(١) ابن رشد، المقدمات الممهدات، ج ٢، ص ٥٥١، ٥٥٢.

(٢) سبق تخريجه، ص ٢٥٦.

(٣) الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٤، ص ٢٦٦. التنوخي، الممتع في شرح المقنع، ج ٣، ص ٣٤.

قال السرخسي: «والهاء في قوله: «لم يره» كناية، فينصرف إلى المكني السابق، وهو الشيء المشتري، والمراد خيار لا يثبت إلا بعد تقدم الشراء، وذلك الخيار بين فسخ العقد وإلزامه دون خيار الشراء ابتداءً، وتصريحه بإثبات هذا الخيار له تنصيب على جواز شرائه، وهذا الحديث رواه عبد الله بن العباس - رضي الله تعالى عنهما - وعطاء والحسن البصري وسلمة بن الحسين (*) - رحمهم الله تعالى - مرسلًا عن النبي ﷺ لشهرته. والمعنى فيه أن المبيع معلوم العين مقدور التسليم؛ فيجوز بيعه كالمرئي»^(١).

وأجيب عن الدليل: بأنه ضعيف، لأن فيه عمر بن إبراهيم الكردي، وهو متروك الحديث^(٢).

وأجاب عنه العيني؛ فقال: «أما حديث أبي هريرة رضي الله عنه فإن أبا حنيفة ومحمد - رحمهما الله - رواه بإسنادهما ذكره صاحب «المبسوط» وغيره من أصحابنا، وهم ثقات، وذكر في «المبسوط» أيضاً أن ابن عباس - رضي الله عنهما - والحسن البصري وسلمة بن الحسين (*) رَوَوْهُ مَرْسَلًا، وهو حجة عندنا، والحديث الذي رواه العلماء الكبار إذا كان في طريق منها لا يترك مع أن الطعن المبهم لا يقبل، وعمل بهذا الحديث كثير من العلماء مثل مالك وأحمد وغيرهما»^(٣).

وقيل: لو صح الحديث لأمكن استعماله من ثلاثة أوجه^(٤):

أحدهما: أن قوله: «من اشترى ما لم يره فهو بالخيار إذا رآه» في الاستئناف للعقد عليه، لا في استصحاب العقد المتقدم منه.

(*) هكذا ورد: سلمة بن الحسين، ولعل الصواب: سلمة بن الحبق، كما ورد عند ابن الهمام في شرح فتح القدير، ج ٦، ص ٣١٠، ٣١١، وانظر ص ٢٨٥.

(١) السرخسي، المبسوط، ج ١٣، ص ٨٢، ٨٣.

(٢) الماوردي، الحاوي الكبير، ج ٥، ص ١٧. ابن قدامة، المغني، ج ٣، ص ٤١١.

(٣) العيني، البناية شرح الهداية، ج ٨، ص ٨٣.

(٤) الماوردي، الحاوي الكبير، ج ٥، ص ١٧.

الثاني: أنه محمول على السلم الذي لم يره؛ فهو بالخيار إذا رآه ناقصاً عن الصفة.

الثالث: أنه محمول على من اشترى ما لم يره في حال العقد إذا كان قد رآه قبل العقد؛ فهو بالخيار إذا وجدته ناقصاً فيما بعد.

الدليل الخامس: ما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «لا تبيعوا الحب في سنبله حتى يبيض في أكمامه»^(١).

وجه الدلالة من الحديث: أنه إذا جاز بيع البر في أكمامه، وهو غير مرئي على صفة ما فرك منه إن كان حاضراً، جاز أن يشتري منه إذا كان غائباً على صفة، إذ لا فرق إذا غاب المبيع بين أن يبيعه على الصفة، أو على مثال يره إياه^(٢).

الدليل السادس: إجماع الصحابة، روي أن عثمان بن عفان، وطلحة بن عبيد الله - رضي الله عنهما - تناقلا دارين: إحداهما بالكوفة، والأخرى بالبصرة؛ فقبل لعثمان: غبنت؛ فقال: لا أبالي لي الخيار إذا رأيتها؛ فترافعا إلى جبير بن مطعم؛ ففضى بالخيار لطلحة^(٣).

(١) أخرجه: الصنعاني، في المصنف، كتاب البيوع، باب بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها، ج ٨، ص ٥٠. عن الحسن، قال: «نهى رسول الله ﷺ عن بيع البر حتى يشتد في أكمامه».

(٢) ابن رشد، المقدمات الممهدة، ج ٢، ص ٥٥٣.

(٣) أخرجه البيهقي، في السنن الكبرى، كتاب البيوع، باب من قال يجوز بيع العين الغائبة، ج ٥، ص ٢٦٧، ٢٦٨. الطحاوي، شرح معاني الآثار، كتاب البيوع، باب تلقي الجلب، ج ٤، ص ١٠.

وروي أن عبد الله بن عمر اشترى أرضاً لم يرها^(١)، وروي أن عبد الرحمن بن عوف اشترى إبلاً لم يرها^(٢)؛ فهذا قول خمسة من الصحابة، وليس لهم مخالف؛ فثبت من هذا اتفاقهم على صحة هذا البيع^(٣).

وأجيب عنه: أن عمر خالف فيه؛ فبطل أن يكون إجماعاً محتج به، أو دلالة تلزم، ولو لم يكن عمر مخالفاً لكان قول خمسة لا يعلم انتشاره في جميعهم، والقياس يخالفه؛ فوجب أن يقدم عليه^(٤).

وأجيب عن حديث عثمان وطلحة أيضاً: أنه لا يحتمل أنهما تبايعا بالصفة على أنه قول صحابي، وفي كونه حجة خلاف، ولا يعارض به^(٥) ما روى «عن النبي ﷺ أنه نهى عن بيع الغرر»^(٦).

الدليل السابع: قالوا: إنَّه عقد معاوضة؛ فوجب أن لا يمنع منه فقد رؤية المعقود عليه، كالتكاح^(٧).

وأجاب الماوردي عن هذا القياس، أن الفرق بينهما يمنع من صحة الجمع، وهو أن الرؤية موضوعة لاستدراك الصفة، وليس المقصود في النكاح صفة

(١) ذكره البيهقي بعد أن روى الأثر السابق، كتاب البيوع، باب من قال يجوز بيع العين الغائبة، ج ٥، ص ١٥، وروى مثله ابن عمر، أما هذا النص؛ فذكره الماوردي في الحاوي، ج ٥، ص ١٥، ولم أجده بهذا اللفظ.

(٢) وهذا الأثر ذكره الماوردي في الحاوي، ج ٥، ص ١٥، ولم أجده له أصلاً.

(٣) الماوردي، الحاوي الكبير، ج ٥، ص ١٥. ابن قدامة، المغني، ج ٣، ص ٤١١.

(٤) الماوردي، الحاوي الكبير، ج ٥، ص ١٧.

(٥) ابن قدامة، المغني، ج ٣، ص ٤١١.

(٦) سبق تخريجه، ص (٢٦٦).

(٧) الماوردي، الحاوي الكبير، ج ٥، ص ١٥. الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، ج ١، ص ٢٦٣. ابن قدامة، المغني، ج ٣، ص ٤١١.

المنكوحة، وإنما المقصود فيه الوصلة؛ ألا تراه لو وجدها معيبة لم يكن له خيار؛ فكذا لم يكن الجهل بصفات مانعاً من صحة العقد عليها، وصفات المبيع مقصودة في البيع، بدليل أنه لو وجده معيباً كان له الخيار، وكذلك كان الجهل بصفاته مانعاً من صحة العقد عليه، ولذلك لما كانت الرؤية شرطاً في لزوم البيع، كانت شرطاً في انعقاده، ولما لم تكن الرؤية شرطاً في لزوم النكاح، لم تكن شرطاً في انعقاده^(١).

وأجاب عنه ابن قدامة أيضاً؛ فقال: «إنَّ النكاح لا يقصد منه المعاوضة، ولا يفسد بفساد العوض، ولا يترك ذكره، ولا يدخله شيء من الخيارات، وفي اشتراط الرؤية مشقة على المخدرات، وإضرار بهن، على أنَّ الصفات التي تعلم بالرؤية ليست هي المقصودة بالنكاح؛ فلا يضر الجهل بها، بخلاف البيع»^(٢).

الدليل الثامن: قالوا: إنَّ ركن البيع صدر من أهله مضافاً إلى محل هو خالص ملكه؛ فيصح كسراء المرئي؛ وذلك لأنَّ وجود التصرف حقيقة بوجود ركنه، ووجوده شرعاً لصدوره من أهله، وحلوله في محله^(٣).

الدليل التاسع: قالوا: إنَّ الجهالة بعد الرؤية لا تفضي إلى المنازعة، لأنَّه لو لم يوافق يردّه؛ فصار كجهالة الوصف في المعائن المشار إليه^(٤).

الدليل العاشر: قالوا: إنه مبيع معلوم للبائع والمشتري، مقدور على تسليمه غالباً، كالمرئي^(٥).

(١) الماوردي، الحاوي الكبير، ج ٥، ص ١٧.

(٢) ابن قدامة، المغني، ج ٣، ص ٤١١.

(٣) الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٤، ص ٢٦٦.

(٤) ابن مودود، الاختيار لتعليل المختار، ج ٢، ص ١٥. المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدي، ج ٣، ص ٣٤.

(٥) ابن نصر، المعونة على مذهب عالم المدينة، ج ٢، ص ٢٠.

الدليل الحادي عشر: إنَّ فقد رؤية المبيع ليس فيه أكثر من الجهل بصفات المبيع، والجهل بصفات المبيع لا يمنع من صحة العقد عليه، وإنما يثبت الخيار فيه، كالمبيع إذا ظهر على عيبه، والمستور للرؤية بقشره، ولأنَّ الرؤية لو كانت شرطاً في بيع الأعيان كالصفة في بيع الصفات لوجب أن يكون رؤية جميع المبيع شرطاً في صحة العقد، كما أنَّ صفة جميع السلم فيه شرط في صحته؛ فلما كان مشتري الصبرة إذا رأى بعضها جاز له أن يبتاع جميعها، علم أنَّ الرؤية ليست شرطاً في بيع الأعيان، ولأنَّ الرؤية لو كانت شرطاً في صحة العقد، لكان وجودها شرطاً في حال العقد، ولم يستغن برؤية تقدمت العقد، كالصفات في السلم، وذكر الثمن؛ فلما صح العقد بالرؤية المتقدمة على العقد ثبت أنها ليست بشرط في صحة العقد^(١).

والجواب عن قولهم: إنَّ فقد الرؤية يوقع الجهل بصفات المبيع، والجهل بصفات المبيع، يوجب الخيار، ولا يوجب فساد العقد، كالعيب، والمستور بقشره؛ فهو أنَّ العيب والمستور بقشره قد جهل بعض صفاته، والغائب قد جهل جميع صفاته، والجهل ببعض الصفات لا يساوي حكم الجهل بجميعها لأمرين:

أحدهما: أنَّه قد يستدل بالأمر المشاهد على ما ليس بمشاهد؛ فيصير الكلّ في حكم المعلوم، وليس كذلك الغائب الذي لم يشاهد شيئاً منه.

والثاني: أنَّ الرؤية على ضربين: رؤية لا تلحق فيها المشقة، وهي رؤية الجملة دون جميع الأجزاء، ورؤية تلحق فيها المشقة، وهي رؤية جميع الأجزاء كالعيوب الخفية، والمأكولات التي في قشورها.

فالرؤية التي تجب، وتكون شرطاً في صحة العقد هي رؤية الجملة لعدم المشقة فيها دون رؤية جميع الأجزاء لوجود المشقة فيها^(٢).

(١) الماوردي، الحاوي الكبير، ج ٥، ص ١٥.

(٢) الماوردي، الحاوي الكبير، ج ٥، ص ١٧، ١٨.

أما الجواب عن قولهم: لو كانت الرؤية شرطاً، كالصفة لوجب أن تكون رؤية الجميع شرطاً، كالصفة؛ فهو أن رؤية البعض قد أقيمت في الشرع مقام رؤية الكل، بدليل أن ما لم يُشاهد منه لا خيار فيه، إذا شُوهد إلا بوجود عيب، ولو لم يكن كالمشاهد ثبت فيه الخيار، كالغائب، وليس كذلك الصفة، لأن صفة البعض لم يُجر عليها في الشرع حكم صفة الكل؛ فافترقا من حيث ظنّ أنهما قد اجتماعاً^(١).

وأما الجواب عن قولهم: لو كانت الرؤية شرطاً لكان وجودها حال العقد شرطاً، كالصفة في السلم؛ فهو أن الرؤية قبل العقد تجعل المبيع معلوماً في حال العقد، والصفة قبل العقد لا تجعل المسلم فيه معلوماً في حاله العقد؛ فلذلك لزم أن تكون الصفة مع العقد، ولم يلزم أن تكون الرؤية مع العقد^(٢).

الدليل الثاني عشر: قالوا: إذا جاز أن يسلم الرجل إلى الرجل في شيء على صفته، ولم يكن ذلك غرراً، جاز أن يبتاعه على الصفة، ولا يكون ذلك غرراً، إذ لا فرق بين الموضعين^(٣).

القول الثاني: ذهب الشافعية في الأظهر من المذهب، وهو المنصوص عليه في الجديد^(٤)، والحنابلة في رواية^(٥) إلى أنه لا يصح بيع الغائب على الصفة.

(١) الماوردي، الحاوي الكبير، ج ٥، ص ١٨.

(٢) الماوردي، الحاوي الكبير، ج ٥، ص ١٨.

(٣) ابن رشد، المقدمات الممهدة، ج ٢، ص ٥٥٢.

(٤) الماوردي، الحاوي الكبير، ج ٥، ص ١٨. الشربيني، مغني المحتاج، ج ٢، ص ٣٥٧. الشيرازي، المذهب في فقه الإمام الشافعي، ج ١، ص ٢٦٣. الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج ٣، ص ٤١٥.

(٥) ابن قدامة، الكافي، ج ٢، ص ١٠. المرداوي، الإنصاف، ج ٤، ص ٢٨٧. التنوخي، الممتع في شرح المقنع، ج ٣، ص ٣٤. ابن مفلح، المبدع شرح المقنع، ج ٤، ص ٢٥.

الأدلة:

استدل القائلون بعدم جواز بيع العين الغائبة بالأدلة الآتية:

الدليل الأول: ما روى عن أبي هريرة أن النبي ﷺ نهى عن بيع الغرر^(١).

وجه الاستدلال في الحديث: إنَّ بيع الغائب غرر، وذلك من وجهين^(٢):

الأول: أنه لا يعلم هل المبيع سالم، أو هالك؟

الثاني: أنه لا يعلم هل يصل إليه، أو لا يصل؟

ولا حجة لهم في هذا الاستدلال، لأنَّ بيع الغائب إذا وصف عن رؤية، وخبرة، ومعرفة، وقد صح ملكه لما اشترى فأين الغرر؟ فإن قيل: قد تهلك السلعة قبل حين البيع؛ فيقع البيع فاسداً، قيل: وقد تستحق السلعة؛ فيقع البيع فاسداً، ولا فرق؛ فأبطلوا بهذا النوع من الغرر كل بيع في الأرض؛ فلا غرر هنا أصلاً، إلا كالغرر في سائر البيوع كلها، ولا فرق^(٣). هذا وجه.

ومن وجه آخر، أنَّ الحديث يحتمل أن يكون الغرر هو الخطر، ويحتمل أن يكون من الغرور؛ فلا يكون حجة مع الاحتمال، أو يحمل على الغرر في صلب العقد بالتعليق بشرط، أو بالإضافة إلى وقت عملاً بالدلائل كلها^(٤).

ويجاب عنه أيضاً، أنَّ لفظ بيع الغرر يفيد أن البائع غرر بالمشتري، وذلك بأن يظهر له ما ليس في الواقع؛ فيبني عليه؛ فيكون مغروراً بذلك؛ فيظهر له

(١) أخرجه: مسلم، في صحيحه، كتاب البيوع، باب بطلان بيع الحصة والبيع الذي فيه غرر، ج ٣، ص ١١٥٣.

(٢) الماوردي، الحاوي الكبير، ج ٥، ص ١٦. الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، ج ١، ص ٢٦٣.

(٣) ابن حزم، المحلى، ج ٨، ص ٣٤٠.

(٤) الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٤، ص ٣٦٦.

خلافه؛ فيتضرر به، وكيف كان؛ فلا شك بعد القطع، أنَّ النهي عن ذلك لما يلزم الضرر فيه، أما هذا البيع؛ فلا ضرر فيه، وإنما يلزم الضرر لو لم يثبت له الخيار إذا رآه فأما إذا ثبت له الخيار إذا رآه؛ فلا ضرر فيه أصلاً بل فيه محض مصلحة، وهو إدراك حاجة كل من البائع والمشتري؛ فإنه لو كان له به حاجة، وهو غائب، وأوقف جواز البيع على حضوره، ورؤيته ربما تفوت بأن يذهب فيساومه فيه آخر رآه فيشتريه منه، فكان في شرع هذا البيع على الوجه الذي ذكر من إثبات الخيار عند رؤيته محض مصلحة لكل من المتعاقدين من غير لحوق شيء من الغرر؛ فأني يتناوله النهي عن بيع الضرر، والأحكام لم تشرع إلا لمصالح العباد قطعاً؛ فوجب أن يحمل الحديث على البيع البات الذي لا خيار فيه، لأنه هو الذي يوجب ضرر المشتري، والنهي قطعاً ليس إلا لذلك؛ فظهر أنَّ الحديث لم ينف ذلك؛ فكان نفيه قولاً بلا دليل^(١).

الدليل الثاني: ما روى عن النبي ﷺ أنه: نهى عن بيع الملامسة والمنازمة^(٢).

وجه الدلالة من الحديث: أنه إذا نهى النبي ﷺ عن الملامسة والمنازمة للجهل بالمبيع، وإن كان حاضراً، كان بطلانه أولى إذا كان غائباً^(٣).

ويجاب عن هذا الاستدلال بما روى النسائي عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه قال: «نهى رسول الله ﷺ عن الملامسة، واللامسة لمس الثوب لا ينظر إليه، وعن المنازمة، والمنازمة طرح الرجل ثوبه إلى الرجل قبل أن يُقْلَبَهُ^(٤). وبما روى عن أبي

(١) ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج ٦، ص ٣١٠.

(٢) أخرجه: البخاري، في صحيحه، كتاب البيوع، باب بيع المنازمة، ج ٢، ص ٦٣٧. مسلم، في صحيحه، كتاب البيوع، باب إبطال بيع الملامسة والمنازمة، ج ٣، ص ١١٥١.

(٣) الماوردي، الحاوي الكبير، ج ٥، ص ١٦.

(٤) أخرجه: النسائي، في سننه، كتاب البيوع، باب المنازمة، ج ٧، ص ٢٦١.

هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ أنه نهى عن بيعتين، أما البيعتان؛ فالمنابذة والملاسة، وزعم أن الملاسة أن يقول الرجل للرجل: أبيعك ثوبي بثوبك، ولا ينظر واحد منهما إلى ثوب الآخر، ولكن يلمسه لمساً، وأما المنابذة أن يقول: أنبذ ما معي وتنبذ ما معك، ليشتري أحدهما من الآخر، ولا يدري كل واحد منهما كم مع الآخر، ونحواً من هذا الوصف»^(١).

قال ابن حزم بعد ذلك: «وهذا حرام بلا شك، وهذا تفسير أبي هريرة، وأبي سعيد - رضي الله عنهما - وهما الحجة في الشريعة، واللغة، ولا يخالف لهما في هذا التفسير، وليس هذا بيع غائب البتة، بل هو بيع حاضر؛ فظهر تمويه من احتج منهم بهذين الخبرين»^(٢).

ويجاب عنه من وجه آخر، أن علة المنع في الملاسة، والمنابذة هي كون المبيع مجهولاً لا يعلم^(٣)، بخلاف بيع الغائب على الصفة، إذ هو معلوم بذكر أوصافه، فافترقا.

الدليل الثالث: ما روى عن النبي ﷺ أنه: «نهى عن بيع غائب بناجز»^(٤).

وجه الدلالة من الحديث: أنه لم يفصل بين صرف، وغيره؛ فيبقى على عمومته^(٥).

ويجاب عنه: أن الحديث ليس على عمومته، وإنما متعلق بالصرف، بدليل ما رواه البخاري، ومسلم عن أبي سعيد الخدري، أن رسول الله ﷺ قال: «لا

(١) أخرجه: النسائي، في سننه، كتاب البيوع، باب المنابذة، ج ٧، ص ٢٦١، ٢٦٢.

(٢) ابن حزم، المحلى، ج ٨، ص ٣٤٠.

(٣) التنوخي، الممتع في شرح المقنع، ج ٣، ص ٣٨.

(٤) أخرجه: ابن حنبل، في المسند، ج ٣، ص ٥١.

(٥) الماوردي، الحاوي الكبير، ج ٥، ص ١٦.

تبيعوا الذهب بالذهب إلا مثلاً بمثل، ولا تُشَفُّوا بعضها على بعض، ولا تبيعوا الورق بالورق، إلا مثلاً بمثل، ولا تُشَفُّوا بعضها على بعض، ولا تبيعوا منها غائباً بناجزاً»^(١)؛ فثبت بذلك، أنه لا دلالة لهم في ذلك على منع هذا البيع.

الدليل الرابع: ما روى حكيم بن حزام، قال: أتيت رسول الله ﷺ؛ فقلت: يأتيني الرَّجُل يسألني من البيع ما ليس عندي، أبتاع له من السوق، ثم أبيعهُ؛ قال: «لا تبع ما ليس عندك»^(٢).

وجه الدلالة من الحديث: وجّه الفريق الآخر هذا الدليل بأنّ النهي المراد به هو بيع ما ليس بحاضر مرئياً للمشتري^(٣).

ويجاب عنه: إنّ النهي عن بيع ما ليس عندك المراد منه ما ليس في الملك اتفاقاً، لا ما ليس في حضرتك، ومن قال بجواز بيع الغائب على الصفة شرط في هذا البيع كون المبيع مملوكاً للبائع؛ فيكون المراد من قول: «ما ليس عندك» عدم الملك، لأنّ تمام الحديث يدلّ على ذلك، وتماّمه^(٤)، قال: «أتيت رسول الله ﷺ فقلت: يأتيني الرَّجُل يسألني من البيع ما ليس عندي، أبتاع له من السوق، ثم أبيعهُ».

(١) أخرجه: البخاري، في صحيحه، كتاب البيوع، باب بيع الفضة بالفضة، ج ٢، ص ٦٤٣. مسلم، في صحيحه، كتاب المساقاة، باب الربا، ج ٣، ص ١٢٠٨.

(٢) أخرجه: أبو داود في سننه، كتاب البيوع، باب في الرجل يبيع ما ليس عنده، ج ٢، ص ٣٠٥. الترمذي، في سننه، كتاب البيوع، باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك، ج ٣، ص ١٦، وهو حديث حسن. النسائي، في سننه، كتاب البيوع، باب بيع ما ليس عند البائع، ج ٧، ص ٢٨٩. ابن ماجه، في سننه، كتاب التجارات، باب النهي عن بيع ما ليس عندك، وعن ربح ما لم يضمن، ج ١، ص ٦٨٨.

(٣) السرخسي، المبسوط، ج ١٣، ص ٨٢.

(٤) ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج ٦، ص ٣١٠. العيني، البناية شرح الهداية، ج ٨، ص ٨٣. الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٤، ص ٣٦٦.

قال ابن حزم: «فإن احتجوا بنهي النبي ﷺ عن بيع ما ليس عندك، قلنا: نعم، والغائب هو عند بائعه، لا مما ليس عنده، لأنه لا خلاف في لغة العرب في صدق القائل عندي ضياع، وعندي دور، وعندي رقيق، ومتاع غائب وحاضر إذا كان كل ذلك في ملكه، وإنما ليس عند المرء ما ليس في ملكه فقط، وإن كان في يده»^(١).

الدليل الخامس: قالوا: إن بيع الصفة إذا عُلّق بالعين بطل، كذلك بيع العين إذا عُلّق بالصفة بطل. وتحريره قياساً: أنه بيع عين بصفة فوجب أن يكون باطلاً، كالسلم في الأعيان.

ولأنّ الاعتماد في السلم على الصفة، والاعتماد في بيع الأعيان على الرؤية، لأنّ السلم يصير معلوماً بالصفة، كما أنّ العين تصير معلومة بالرؤية.

فإذا تقرر أنّ السلم إذا لم يوصف حتى يصير المسلم فيه معلوماً بطل العقد، وجب إذا لم ير العين حتى تصير معلومة بالرؤية أن يبطل العقد، إذ الإخلال بالرؤية في المرئيات، كالإخلال بالصفة بالموصوفات.

وتحرير ذلك قياساً: أنّ جهل المشتري بصفات المبيع يمنع صحة العقد، كالسلم إذا لم يوصف^(٢).

ولا حجة لهم في ذلك، لأنّ الجهالة إنما تفسد العقد إذا كانت تفضي إلى المنازعة، كما في شاة من القطيع؛ فأما إذا لم تفض إلى المنازعة لا تفسد البيع، كبيع القفيز من الصبرة، وجهالة الأوصاف بسبب عدم الرؤية لا تفضي إلى المنازعة بعدما صار معلوم العين، وإنما تأثير هذه الجهالة في انعدام تمام الرضا به،

(١) ابن حزم، المحلى، ج ٨، ص ٣٤٠، ٣٤١.

(٢) الماوردي، الحاوي الكبير، ج ٥، ص ١٦.

وذلك شرط انبرام العقد، لا شرط جوازه. ومعلوم أنَّ البيع يجوز مع خيار الشرط، ولا يلزم لانعدام تمام الرضا، وكذلك في العيب إلا أنَّ هناك السبب المانع من تمام الرضا شرط الخيار منه، وهو محتمل للإسقاط؛ فإذا أسقطه تم الرضا في العيب، والسبب بثبوت الحق المطالبة بالجزء الفائت، وهو محتمل للإسقاط؛ فإذا أسقطه تم الرضا به، وهنا السبب هو الجهل بأوصاف المعقود عليه، وذلك لا ينعدم إلاَّ بالرؤية؛ فلهذا لا يسقط خياره، وإنَّ أسقطه قبل الرؤية، وهذا بخلاف السلم، لأنَّ جهالة الوصف تفضي إلى المنازعة المانعة من التسليم؛ ولأنَّ العقد يرد على الأوصاف في باب السلم؛ فإنَّ الدَّين وصف في الذمة، والبدل بمقابلتها؛ فإذا لم يذكر عند العقد لم يجوز العقد، لانعدام المعقود عليه، فافترقا^(١).

الدليل السادس: قالوا: لأنَّه بيع مجهول الصفة عند المتعاقدين؛ فوجب أن يكون باطلاً، كقوله بعثك ثوباً^(٢).

ويجاب عنه بما أجيب به عن الدليل السابق.

الدليل السابع: قالوا: إنَّه بيع عين لم ير شيئاً منها؛ فوجب أن لا يصح، كالسمك في الماء، والطير في الهواء^(٣).

ويجاب عنه: أنَّ بيع السمك في الماء، والطير في الهواء لا يجوز للعجز عن التسليم، وغير المقدور على تسليمه متفق على عدم جوازه بين الفقهاء، وهذا بخلاف بيع الغائب على الصفة.

(١) السرخسي، المبسوط، ج ١٣، ص ٨٣، ٨٤.

(٢) الماوردي، الحاوي الكبير، ج ٥، ص ١٦.

(٣) الماوردي، الحاوي الكبير، ج ٥، ص ١٦.

ويترجح مما سبق، ما ذهب إليه الحنفية، والمالكية، والشافعية في الأظهر،
والحنابلة في الأصح، والظاهرية، من جواز بيع العين الغائبة على الصفة.

ومؤيدات إثبات ذلك، ما يلي:

١- عموم قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ [البقرة: ٢٧٥]، وما ذكر من أدلة
مخصصة لعموم هذه الآية لا تصلح لتخصيصها، لأنها تقوم على الاحتمال،
ومع الاحتمال لا تقوى على تخصيصها.

أضف إلى ذلك، أنَّ الاستدلال ببعضها لم يكن في موضعه، لعدم صلتها
بموضوع النزاع. ومما يقوى دخول هذا النوع من البيع في عموم الآية، قوله
تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ
تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾ [النساء: ٢٩]، وقوله تعالى: ﴿وَلَمَّا جَاءَهُمْ كِتَابٌ
مِّنْ عِندِ اللَّهِ مُصَدِّقٌ لِّمَا مَعَهُمْ وَكَانُوا مِن قَبْلُ يَسْتَفْتِحُونَ عَلَى الَّذِينَ كَفَرُوا
فَلَمَّا جَاءَهُمْ مَا عَرَفُوا كَفَرُوا بِهِ فَلَعْنَةُ اللَّهِ عَلَى الْكَافِرِينَ﴾ [البقرة: ٨٩].

٢- ثبوت مثل هذا النوع من البيع في قوله ﷺ: «من اشترى شيئاً لم يره،
فهو بالخيار إذا رآه»^(١). ففي إثبات الخيار في هذا البيع دلالة على جوازه ابتداءً،
أما ما ورد في تضعيفه، فيكفى ذكر ما قاله ابن الهمام، حيث قال: «والمرسل
حجة عند أكثر أهل العلم، وتضعيف ابن أبي مريم بجهالة عدالته لا ينفي علم
غير المضعفين بها. وقد روى هذا الحديث أيضاً الحسن البصري، وسلمة بن
الحبق، وابن سيرين، وهو رأي ابن سيرين أيضاً، وعمل به مالك وأحمد، وهو
من نقل عنه تضعيف ابن أبي مريم؛ فدلّ قبول العلماء على ثبوته، والحق أنَّ

(١) سبق تخريجه، ص (٢٥٦).

عمل من ضعف ابن أبي مريم على وفق حديثه ينبغي على أن العمل على وفق الحديث هل هو تصحيح له؟ وهي مسألة مختلفة بين الأصوليين، والمختار لا، ما لم يعلم أن عمله عن الحديث... هذا ولا بد من كون المراد في الحديث بالرؤية العلم بالمقصود فهو من عموم المجاز، عبر بالرؤية عن العلم بالمقصود فصارت حقيقة الرؤية من أفراد المعنى المجازي، وهذا لوجود مسائل اتفاقية لا يكتفي بالرؤية فيها. مثل ما إذا كان المبيع مما يعرف بالشّم، كمسك اشتراه، وهو يراه؛ فإنه إنما يثبت الخيار له عند شمه؛ فله الفسخ عند شمه بعد رؤيته، وكذا لو رأى شيئاً ثم اشتراه؛ فوجده متغيراً، لأنّ تلك الرؤية غير معرفة للمقصود الآن، وكذا لو اشتراه الأعمى، يثبت له الخيار عند الوصف له؛ فأقيم فيه الوصف مقام الرؤية»^(١).

أما الاحتمالات التي أوردها الماوردي في حالة صحة الحديث، فلا يحتملها معنى الحديث.

٣- أما القول بعدم صحة القياس على النكاح؛ فغير مسلم، لأنّ جهالة العين كما تمنع جواز البيع، تمنع جواز النكاح، حتى لو قال: زوجتك إحدى ابنتي، لم يصح النكاح. ثم عدم الرؤية لا تمنع النكاح؛ فعرف أنّه لا يوجب جهالة العين، إلا أن في النكاح العقد يلزم؛ لأن لزومه لا يعتمد تمام الرضا، ولهذا لزم مع اشتراط الخيار، والعيب، بخلاف البيع، وعليه يقاس لعلّة أنّ هذا عقد معاوضة، فعدم رؤية المعقود عليه لا تمنع جوازه، كالنكاح^(٢).

٤- أما من احتج على منعه بوجود الغرر فيه؛ فغير مسلم، لأنّ جنس المبيع، ونوعه، ومقداره، وثمرته، وتسليمه محدد في العقد بين البائع والمشتري.

(١) ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج ٦، ص ٣١٠، ٣١١.

(٢) السرخسي، المبسوط، ج ١٣، ص ٨٤.

فإذا انتفى منه ذلك، ثبت جواز بيعه على الوجه المذكور، لانعدام الدليل المعارض له.

وما ذكر آنفاً، يقوم عليه عقد التوريد بمفهومه المعاصر، إذ يحدد في العقد جنس المبيع، ونوعه، ومقداره، وثمرته، ومكان التسليم، والزمن الذي يتم فيه، مما يعني ذلك، أن الغرر منفي عنه؛ فلا يبقى متمسك لمنعه.

أضف إلى ذلك، أن بعضاً من صور التوريد المعاصرة قد وجد أساسها في صور بسيطة عرفها الفقهاء قديماً، نحو الشراء من بائع دائم العمل، كالخباز، أو الجزار، حيث تشتري منه جملة، تأخذ مفرقة على أيام، ككلّ يوم رطل، حتى تفرغ الجملة المعينة بدينار مثلاً، أو يعقد معه على أن يشتري منه كلّ يوم عدداً معيناً، كرطل بكذا بدرهم مثلاً، وهذا من باب البيع لا السلم؛ فلا يشترط تعجيل رأس المال، ولا تأجيل المثمن وسئل الإمام مالك عن هذا البيع؛ فقال: ولا أرى به بأساً إذا كان العطاء معروفاً ومأموناً^(١).

وعليه؛ فإنّ أصول عقد التوريد وجدت في المعاملات التي عرفها الفقه، وأوجد لها الأحكام التي تلائمها، مما يعني ذلك، أن الفقه نظم من خلال قواعده العامة، وأصوله الكلية في باب المعاملات أحكام مثل هذا النوع من البيوع.

المطلب الثالث

الموقف الفقهي من فسخ عقد التوريد بالعدر الطارئ

يتوقف مدى تطبيق مبدأ العذر الطارئ على عقد التوريد على معرفة صفته من حيث اللزوم وعدمه، ومعرفة ذلك يتوقف على التوصيف الفقهي

(١) الزرقاني، شرح الزرقاني، ج ٥، ص ٢٢١. الدردير، الشرح الصغير مع بلغة السالك لأقرب المسالك، ج ٣، ص ١٧٩.

الذي يرجع إليه، حيث ثبت على ما هو راجح في توصيفه أن أساسه بيع عين موصوفة؛ فما حكمه من حيث اللزوم وعدمه؟

ذهب الحنفية^(١) إلى إثبات خيار الرؤية للمشتري؛ فإن شاء أخذ المبيع وإن شاء رده، ومقتضى ذلك أن العقد غير لازم، لأن إثبات الخيار في العقد يسلب منه صفة اللزوم، وعللوا ذلك، بأن عدم الرؤية يمنع من تمام الصفقة، لأن جهالة الوصف تؤثر في الرضا؛ فتوجب خللاً فيه، واختلال الرضا في البيع يوجب الخيار.

ومفهوم ذلك، أن العقد بعد الرؤية، وتمام الرضا عند الحنفية ينقلب لازماً من الطرفين.

وذهب المالكية^(٢) إلى أن العقد لازم إذا جاء المبيع الموصوف على الصفة المشروطة في العقد، ولا يثبت خيار الرؤية للمشتري، لأنه مبيع موصوف قبض على صفته؛ فلم يكن له خيار الرؤية، كالسلم.

وذهبوا إلى ثبوت خيار الرؤية للمشتري بالشرط؛ فإن اشترطه في العقد، ثبت ذلك له.

أما إن جاء المبيع على خلاف الصفة المشروطة في العقد؛ فينظر؛ فإن كان فيها زيادة؛ فلا خيار للمشتري، لأنه إذا لم يثبت له الخيار مع الموافقة؛ فمع الزيادة من باب أولى؛ ولأن الخيار يثبت في حالة النقصان، لا الزيادة. وإن كان فيها نقص، فيثبت الخيار للمشتري في الإمضاء والفسخ، لأن المبيع لم يسلم له على الوجه الذي دخل عليه.

(١) العيني، البناية شرح الهداية، ج ٨، ص ٨١، ٨٤. ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج ٦، ص ٣١١، ٣١٣.

(٢) ابن نصر، المعونة على مذهب عالم المدينة، ج ٢، ص ٢١. ابن جزى، القوانين الفقهية، ص ١٧٠.

ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج ٤، ص ٥٥٣.

وذهب الشافعية^(١) إلى أن المبيع إذا جاء على الصفة ففي ثبوت الخيار فيه، وجهان:

الأول: ثبوت الخيار للمشتري، لأنَّ هذا البيع يعرف ببيع خيار؛ فلا يجوز أن يخلو من الخيار، ومقتضى هذا الوجه، أنَّ البيع غير لازم، لثبوت خيار الرؤية فيه.

الثاني: لا خيار للمشتري فيه إن جاء المبيع على الوصف المشروط في العقد، لأنَّه جاء على ما وصف؛ فلم يكن له خيار، كالمسلم فيه، ومقتضى هذا الوجه، أنَّ البيع لازم.

أما إن جاء على خلاف ما وصف في العقد، ثبت للمشتري الخيار في الإمضاء والفسخ.

وذهب الحنابلة^(٢) إلى أن المبيع إذا جاء على الصفة ففي ثبوت الخيار فيه روايتان:

الأولى: ثبوت الخيار للمشتري عند رؤية المبيع، وله الحق في الإمضاء والفسخ، ومقتضى هذه الرواية عدم لزوم البيع.

الثانية: لا خيار له، لأنَّ البائع سلم له المعقود عليه بصفاته؛ فلم يكن له الخيار، كالمسلم فيه، ولأنَّه مبيع موصوف؛ فلم يكن للمشتري فيه الخيار في جميع الأحوال، كالمسلم، ومقتضى هذه الرواية لزوم البيع.

(١) الشيرازي، المذهب في فقه الإمام الشافعي، ج ١، ص ٢٦٣، ٢٦٤. الشربيني، مغني المحتاج، ج ٢، ص ٣٥٧.

(٢) البهوتي، كشف القناع، ج ٤، ص ١٦٤. ابن قدامة، الكافي، ج ٢، ص ١٠. ابن قدامة، المغني، ج ٣، ص ٤١١، ٤١٢. ابن مفلح، المبدع شرح المقنع، ج ٤، ص ٢٥، ٢٦.

أما إن جاء المبيع على خلاف الصفة المشروطة في العقد، فللمشتري حق الفسخ، لأنه وجد الموصوف بخلاف الصفة؛ فلم يلزمه، كالسلم.

وذهب الظاهرية^(١) إلى أن البيع يقع لازماً إذا جاء المبيع على الصفة التي وقع البيع عليها، ولا خيار فيه للمشتري. أما إن وجد المبيع على خلاف ذلك؛ فلا بيع بينهما، إلا بتجديد صفة أخرى برضاها جميعاً.

ويتبين مما سبق، أن صفة بيع العين الموصوفة فيها قولان:

الأول: ما ذهب إليه الحنفية، والشافعية في وجه، والحنابلة في رواية من أن بيع العين الموصوفة، بيع غير لازم.

الثاني: ما ذهب إليه المالكية، والشافعية في وجه، والحنابلة في رواية، والظاهرية من أن بيع العين الموصوفة، بيع لازم.

هذا، ويلاحظ أن القول الأول يتفق مع الثاني في حالة ما إذا رأى المشتري المبيع، ورضي به؛ فإنه ينقلب عندئذ لازماً.

أما الذي يقضى به؛ فهو ما ذهب إليه المالكية والشافعية في وجه، والحنابلة في رواية، والظاهرية من لزوم العقد من الطرفين في حالة مجيء المبيع على الصفة المشروطة في العقد؛ لأنه بيع عين موصوفة، وقد قبض على صفته المشروطة في العقد؛ فلم يكن هنالك ما يمنع من لزومه، خاصة وأن في لزومه محافظة على مبدأ الرضاية بين الطرفين، وعلى استقرار التعامل بين الناس في مثل هذا النوع من البيوع.

والقول باللزوم هو الذي يتفق مع طبيعة عقود التوريد في هذا الزمان، وذلك لضخامة رؤوس الأموال التي يجري التعامل بها في مثل هذا النوع من

(١) ابن حزم، المحلى، ج ٨، ص ٣٣٧.

المعاملات، وارتفاع حجم النفقات التي تنفق على جلبها من المنشأ، سواء أكان من الخارج، أم الداخل.

إضافة إلى ما سبق، فإن معرفة الموقف الفقهي من فسخ عقد التوريد بالعدر الطارئ، يتوقف على تحديد ما تبقى من أوصاف عقد بيع العين الغائبة على الصفة، إذ هو التوصيف الفقهي الذي يستند إليه في أساس مشروعيته، والذي من خلاله يمكن التوقف على مدى قابلية عقد التوريد لمبدأ العذر الطارئ، من عدمه.

ومن هذه الأوصاف، أنه التزام ناشئ عن عقد، تم بموجب الإيجاب والقبول من الطرفين. مما يدل ذلك على أنه عقد رضائي.

. ومنها: أنه عقد معاوضة محض، لأن المقصود فيه تبادل الثمن والمثمن بين البائع والمشتري؛ فهو عقد مالي محض متضمن للعوض من الطرفين.

ومنها: أنه من عقود المدة التي يحتاج تنفيذها إلى فترة زمنية معينة، لاستيفاء الالتزامات المتفق عليها بين البائع والمشتري من خلالها.

مما يعني ذلك، أن الزمن يشكل عنصراً أساسياً في أداء الالتزامات الواردة فيه.

وهذا النوع من العقود يعرف بالعقود الزمنية ذات التنفيذ الدوري، فالأداء يرد متكرراً في مدة من الزمن على حسب اتفاق البائع والمشتري على التنفيذ؛ فالزمن هو الشرط الأساسي فيها^(١).

(١) عقود المدة تأتي على قسمين: إحداهما: ما ذكر، والآخر: العقود الزمنية المستمرة، وهي ذات التنفيذ المستمر، حيث يعتبر الزمن جزءاً من الأداء نفسه، مثل عقد الإجارة. انظر: النعيمي، نظرية الظروف الطارئة بين الشريعة والقانون، ص ٥٥، ٥٦.

ومفاد ذلك، أن آثار هذه العقود لا تستنفذ مرة واحدة في الغالب، وإنما تستنفذ شيئاً فشيئاً على حسب المدة الزمنية المقررة للتنفيذ.

وهذا بخلاف العقود الفورية، لأن التنفيذ يتم فيها عند تكوين العقد، وتنقضي الالتزامات بين الطرفين بذلك، كالبيع، إذ البائع يقوم بتسليم المبيع إلى المشتري، والمشتري بدوره يسلمه الثمن، ويترتب على ذلك، ثبوت ملك المشتري للمبيع، وثبوت ملك البائع للثمن، حالاً، لأن أي تأجيل فيها يعتبر تغييراً محضاً لمقتضى العقد؛ فيوجب فساد العقد^(١).

ومفهوم ما سبق، أن هذه العقود لا تحتاج في تنفيذها إلى فترة زمنية لانقضاء الالتزامات الواردة فيها، لأن آثارها تستنفذ مرة واحدة عند تكوين العقد، وبالتالي لا يعتبر الزمن شرطاً أساسياً فيها^(٢).

وعما سبق، ومن خلال التصوير الفقهي لأوصاف الأصل الذي يرجع إليه عقد التوريد، يعلم أنها تشكل مقومات أساسية لتطبيق مبدأ العذر الطارئ عليه، وفق مفهوم الحنفية، ومن وافقهم من الفقهاء في الأخذ بالعذر الطارئ في عقد الإجارة، والمزارعة، والمساقاة، على ما مرّ التي تعتبر أساساً للبناء الفقهي لمبدأ العذر الطارئ في كافة عقود المعاوضات المالية في الفقه الإسلامي.

وبناءً على ما سبق، يمكن تخريج حكم فسخ عقد التوريد بالعذر الطارئ على أساس الضوابط والمعايير التي تضمنها تطبيق مبدأ العذر الطارئ على عقد الإجارة، والمزارعة، والمساقاة التي شكلت بمجموعها رؤية فقهية واضحة المعالم في المذاهب الفقهية التي أخذت به، يمكن الاستناد عليها في حالة اقتضاء الحال في

(١) الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٤، ص ٣٨٤.

(٢) ومدلول ذلك، أن طبيعة هذه العقود تأبى مبدأ العذر الطارئ، لإنهاء علائق البائع والمشتري فور انعقاد العقد، بتنفيذ آثارها على الفور.

ذلك، خاصة فيما يستجد من عقود في باب التعامل بين الناس، وذلك نحو عقد التوريد المعروف اليوم.

وتفسير ذلك على النحو الآتي:

ثبت في القول الراجح، أنَّ من خصائص هذا العقد، اللزوم بين البائع والمشتري، إذا جاء المبيع على الصفة المشروطة في العقد، وهي ذات الطبيعة التي يتطلبها الفسخ بالعدر الطارئ، لأنَّ الفسخ به لا يتصور إلا في العقود الملزمة بين الطرفين، والتي تقبل الفسخ أيضاً بمسوغ شرعي، إذ يعطي العاقدان حق الفسخ في الحالة التي يختل فيها الرضا؛ إذ هو الأساس في كافة مراحل تنفيذ العقد.

هذا، ومأتى اللزوم في العقد هو المحافظة على مبدأ الرضائية فيه؛ فإذا آل اللزوم بسبب ما إلى نقيضه، وهو اختلال الرضا، وجب الفسخ، لأنَّ المقصود لا يتحصل من العقد مع القول باللزوم، وهذا ما يمكن تصوره في حالة وقوع العذر الطارئ على عقد التوريد؛ إذ يؤدي اللزوم في ظله إلى نقيض المقصود من العقد، وتحقيق الأضرار، وتربو المفاصد عند التمسك به؛ فكان العذر الطارئ رافعاً لصفة اللزوم عنه.

ومن مسوغات الأخذ به أيضاً، أنه عقد معاوضة مالي محض، يقصد منه المال حقيقة من الطرفين، وما كان شأنه كذلك؛ فهو قائم على أساس التوازن المالي، والتبادل الحقوقي بين أطراف العقد؛ فإذا اختل التوازن المالي، والتبادل الحقوقي بين الطرفين بسبب العذر الطارئ، أضحى تطبيق مبدأ العذر الطارئ ضرورة شرعية تقتضيه مباني العدل في الشرع، من أجل إعادة التوازن المالي، والتبادل الحقوقي بين المتعاقدين إلى ما كان عليه.

ومنها أيضاً، أنَّ الملاحظ الأساسي الذي يدرك من تطبيقات الفقهاء لمبدأ العذر الطارئ في عقود المعاوضات، أنَّ المجال الرئيس له هو عقود المدة، وهي

التي تحتاج إلى فترة زمنية لاستيفاء الالتزام المتفق عليه بين الطرفين في خلالها. وهذا شأن عقد التوريد.

وطبيعة هذه العقود على ما أظهرت التطبيقات الفقهية هي التي تتقبل أحكام العذر الطارئ، لأنّ التنفيذ يستغرق زمناً معيناً، وآثارها لا تستنفذ مرة واحدة، وإنما شيئاً فشيئاً؛ فإذا طرأ عليها ما يمنع المدين من الاستمرار على موجبها؛ فإنه يسوغ الفسخ عندئذٍ، لفقدان عنصر الزمن أهميته بالنسبة للمتعاقد المضرور، لعدم تمكنه من استيفاء مقصوده من العقد بسببه.

ثبت مما سبق، أنّ جميع الدلائل تدلّ على أن عقد التوريد من العقود التي تقبل بطبيعتها الفسخ بالعذر الطارئ.

هذا، والقياس في أصول الحنفية، ومن وافقهم، يقتضي اشتراك عقد التوريد مع عقد الإجارة من حيث نوع العذر الطارئ الذي يفسخ به.

إلا أنّه يجب أن يشار إلى أنّ عقد التوريد ينفرد بطبيعة خاصة عن عقد الإجارة؛ فالأول يرد العقد فيه على العين، لأنّه بيع عين غائبة موصوفة؛ فيكون المعقود عليه هو العين. أما الثاني؛ فيرد العقد فيه على المنفعة، لأنّه بيع منفعة العين، لا ذات العين. مما يستلزم ذلك، قبول بعض من الأعذار الطارئة على المعقود عليه، نحو ارتفاع أسعار الشيء المورد للمشتري، بسبب التقلبات الاقتصادية في الأسواق، إذ المضي على موجب العقد في ظل الغلاء تلحق بالمدين ضرراً فاحشاً.

وهذا بخلاف ما ذهب إليه فقهاء الحنفية، إذ الغلاء، أو الرخص في أجر المثل في عقد الإجارة عندهم، لا يعتبر من الأعذار الطارئة الموجبة للفسخ^(١).

(١) الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٤، ص ٥٧.

وهذا القول إن كان ممكناً في عقد الإجارة لطبيعة العقد الخاصة، إلا أنه لا يمكن في عقد التوريد، لأنَّ ارتفاع أسعار الشيء المورد، يترتب عليه، إلزام المورد بدفع الفرق ما بين السعر القديم، والسعر الجديد، حتى يستطيع تسليم العين المشروطة في العقد إلى الدائن، وهذا ضرر يبيّن يقع على المدين بسبب التقلبات الاقتصادية.

ومما يقتضيه القياس في أصول المذهب، أنَّ حكم طروء العذر الطارئ على العقد، هو الفسخ؛ فإذا تم التراضي عليه بين الطرفين، نفذ، وإن وقع الإشكال بينهما في ذلك، رفع الأمر إلى القضاء للفصل فيه.



الفصل الثالث

مقارنة العذر الطارئ في الفقه الإسلامي بنظرية الظروف الطارئة في القانون الوضعي

- المبحث الأول: حقيقة الظروف الطارئة في القانون
الوضعي
- المبحث الثاني: مجال تطبيق نظرية الظروف الطارئة
- المبحث الثالث: شروط تطبيق نظرية الظروف
الطارئة
- المبحث الرابع: حكم نظرية الظروف الطارئة (الآثار
المرتبة على اعتبارها)
- المبحث الخامس: أوجه الاتفاق والاختلاف بين
العذر الطارئ ونظرية الظروف الطارئة
- المبحث السادس: مدى صلاحية العذر الطارئ
أساساً لنظرية الظروف الطارئة

المبحث الأول حقيقة الظروف الطارئة في القانون الوضعي

المطلب الأول تعريف الظروف الطارئة في القانون الوضعي

يأتي غالباً بيان حقيقة الظروف الطارئة في الاصطلاح القانوني من خلال وصف مضمون النظرية وصفاً عاماً، بالاستناد إلى الوقائع التي نظر فيها القضاء وأصدر في شأنها الأحكام؛ فوصف الظرف الطارئ، بأنه: حادث عام نادر الوقوع يطرأ على العقد بعد إبرامه، وقبل تنفيذه، ولم يكن متوقعاً، وليس في الوسع التحرز منه، أو دفعه، بحيث يؤدي المضي في موجب العقد إلى خسارة فادحة^(١).

ولعل السبب الذي دعا القانونيين إلى الاستناد إلى الوصف العام، دون تحديد ثابت للظروف الطارئة في الاصطلاح القانوني أن الواقعة في نظرهم لا تعد ظرفاً طارئاً إلا في ضوء ما يحيط بها من ظروف زمانية ومكانية؛ فما قد يعد ظرفاً طارئاً في أحوال وظروف معينة قد لا يعد كذلك في حالات وظروف أخرى؛ فكانت المسألة في نظرهم مسألة وقائع، وهذا ما حدى بهم إلى تجنب

(١) النعيمي، نظرية الظروف الطارئة بين الشريعة والقانون، ص ٢٢، ٢٣، ٢٤. العطار، نظرية الالتزام في الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية، ص ٢١٩، ٢٢٠. الفزاري، أثر الظروف الطارئة على الالتزام العقدي في القانون المقارن، ص ١٤، ١٣. السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (نظرية الالتزام بوجه عام) ج ١، ص ٦٣١.

وضع تعريف ثابت للظرف الطارئ، والاكتفاء بما شهده القضاء من وقائع في ذلك^(١).

وإذا كان هنالك شبه اتفاق بين القانونين على وصف مضمون النظرية من غير تحديد معين؛ فقد ظهر عند بعضهم النزعة إلى وضع تعريف محدد للظروف الطارئة، منها: ما ذهب إليه محمد عبد الجواد، حيث قال: «والظروف الطارئة هي: عدم التعادل بين التزامات المتعاقدين المتبادلة الذي يحدث عند تنفيذ العقد بسبب حدوث ظرف طارئ»^(٢).

هذا، ويبقى الإشكال قائماً في تعريف نظرية الظروف الطارئة مع الأمرين؛ فالأول وهو ما ذهب إليه عامة فقهاء القانون من تعريف النظرية من خلال شروطها؛ فهو لا يزيل الإشكال، لأنه تم بناء النظرية وفق تصور الوقائع التي فصل فيها القضاء، وغياب التقعيد القانوني الذي يجد أساسه في القواعد القانونية العامة التي تسري أحكامها على كافة الوقائع التي يتحقق فيها المفهوم الكلي للنظرية، وهو أساس افتقر إليه القانونيون في علاج موضوع الظروف الطارئة.

والإطلاق يدل على ذلك، إذ إطلاق اسم النظرية على موضوعات الظروف الطارئة يستلزم وضع مفهوم كلي يتضمن بأحكامه جزئيات، ووقائع لا تحصى، لأن النظرية في الحقيقة ما هي إلا قاعدة عامة تطبق إذا ما توافرت شروطها في كل واقعة^(٣).

(١) مدحت، نظرية الظروف الاستثنائية، ص ١٩١، ١٩٢.

(٢) عبد الجواد، الغبن اللاحق والظروف الطارئة، بحث منشور في مجلة الاقتصاد والقانون، جامعة الأزهر، العدد الأول، ص ١٩٣.

(٣) عبد الرزاق، فسخ عقد الإيجار أو تخفيض الأجرة للعدر، أو الحوادث الطارئة، مقال منشور في مجلة الهداية، تصدرها وزارة العدل والشئون الإسلامية، دولة البحرين، العدد الثاني والثلاثون بعد المائة، السنة الحادية عشر (١٤٠٩ - ١٩٨٨)، ص ٩٢.

وهذا على خلاف التصور القانوني للظروف الطارئة في التوجه الأول، إذ أوردته من خلال الشروط التي استمدت من الوقائع القانونية التي شهدتها النظرية في القضاء؛ فصدرت المحاولة من القانونيين لبناء مفهوم كلي من خلالها، وهذا ما ألجأهم إلى وصف مضمونها من خلال هذه الشروط في الغالب.

أما التعريف الآخر - وهو ما ذهب إليه محمد عبد الجواد - فعرّف الشيء بآثره، ثم علق وقوعه على حدوث الظرف الطارئ، وبالتالي لم يأت بتعريف دقيق ومحدد للنظرية في القانون.

وبناء على ما سبق، يكون التعريف المعبر عن حقيقة نظرية الظروف الطارئة، كنظرية هو: «مجموعة القواعد والأحكام التي تعالج الآثار الضارة اللاحقة بأحد العاقدين الناتجة عن تغير الظروف التي تم بناء العقد في ظلها»^(١).

هذا، وقد أوضح هذا التعريف أن نظرية الظروف الطارئة مجموعة قواعد، وأحكام، تشكل مجموعها مفهوماً كلياً تندرج تحته كل الوقائع، والحوادث التي يتحقق فيها مناطها، والذي يستلزم عندئذ الحكم المنصوص عليه فيها للخروج من الآثار الضارة الناتجة عن الظرف الطارئ اللاحق بأحد العاقدين.

هذا، وإسقاط الحكم المنصوص عليه في النظرية على أية واقعة أو حادثة لا يكون إلا بعد التحقق من وجود الشروط والأركان الواجب توافرها في تلك

= النظرية العامة هي: مفهوم كلي قوامه أركان وشرائط وأحكام عامة تتصل بموضوع عام معين، بحيث يتكون من كل أولئك نظام تشريعي ملزم، يشمل بأحكامه كل ما يتحقق فيه مناط موضوعه. انظر: الدريني، النظريات الفقهية، ص ١٤٠.

(١) منصور، بحث بعنوان: تغير قيمة النقود وتأثر ذلك بنظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي المقارن، منشور في مجلة دراسات (علوم الشريعة والقانون) تصدرها عمادة البحث العلمي، الجامعة الأردنية، المجلد (٢٥) العدد (١)، ربيع الأول، ١٤١٩هـ - تموز ١٩٩٨ م، ص ١٥٣.

الواقعة أو الحادثة حتى ينسحب عليها حكم النظرية، ذات المفهوم الكلي في موضوعها.

المطلب الثاني

صلة الظروف الطارئة بالقوة القاهرة

تعتبر نظرية القوة القاهرة من أكثر النظم القانونية صلة بنظرية الظروف الطارئة، مما يكاد أن يكون التمييز بين النظريتين في غاية الصعوبة، حيث إنَّ القوة القاهرة في الواقعة القانونية هي ذلك الحادث المفاجئ الذي يجعل تنفيذ العقد مستحيلاً استحالة مطلقة، ويشترط لتوافرها في الواقعة القانونية أربعة شروط^(١):

الأول: عدم صدور خطأ من المدين.

الثاني: عدم توقعها عند إبرام العقد.

الثالث: عدم القدرة على التحرز منها، أو دفعها إذا وقعت.

الرابع: أن تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً.

(١) السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج ١، ص ٨٧٨، ٨٧٩. النعيمي، نظرية الظروف الطارئة بين الشريعة والقانون، ص ٨٥، ٨٦. علوبة، نظرية الحوادث الطارئة، ص ٥. الفزاري، أثر الظروف الطارئة على نظرية الالتزام العقدي، ص ٥٣٨. وعرفها حسين عامر، بأنها: «كل فعل لا شأن لإرادة المدين فيه، ولم يمكنه توقعه، ولا منعه، ويصبح به تنفيذ الالتزام مستحيلاً»، انظر: عامر، القوة الملزمة للعقد، ص ٤١١. وعرفها أحمد أبو ستيت، بأنها: «كل أمر لا دخل لإرادة المدين فيه يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً على المدين»، انظر: أبو ستيت، نظرية الالتزام، ص ٢٥٨. وعرفها حمدي عبد الرحمن، بأنها: «حدث لا يمكن توقعه، ولا يمكن دفعه يؤدي إلى إعفاء المدين (المدعى عليه) من المسؤولية»، انظر: عبد الرحمن، الوسيط في النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الأول، ص ٥٤٨.

هذا؛ فالشرط الأول والثاني للقوة القاهرة شخصيان، والثالث مادي يرجع إلى طبيعة الحادث، والرابع بياناً لأثر الحادث الفجائي على التزام المدين^(١).

وتحدد صلة الظروف الطارئة بالقوة القاهرة، بما يلي :

(أ) أوجه الاتفاق بين العذر الطارئ، والقوة القاهرة^(٢) :

١- من جهة السبب: الظرف الطارئ غير متوقع تنتظمه مع القوة القاهرة فكرة المفاجأة والحتم، وهو أن المدين يؤخذ بهما من غير أن يعد العدة لملاقتهما بالوسائل المناسبة، لذا كان من المنطق أن تتفق النظريتان في هذه الخاصية طالما أن كلاً منهما تشترط أن يكون الحادث غير متوقع بالنسبة للمتعاقدين.

٢- من جهة المعيار: يتنظم كلاً من الظروف الطارئة، والقوة القاهرة معيار مادي، بسبب الظرف الطارئ، أو القوة القاهرة، ولا يد للمتعاقدين في حدوث أيّ منهما.

٣- من جهة المنشأ: فالحادث الذي يتسبب في تكوين حالة الظروف الطارئة قد يكون نفسه المتسبب في إيجاد حالة القوة القاهرة؛ فقيام حرب، أو حدوث زلزال، أو وقوع إضراب قد ينتج عنه أن يصبح تنفيذ الالتزام العقدي مستحيلًا في حالة، ومرهقاً فقط في حالة أخرى.

٤- من جهة الاعتداد بهما: فلا بد لكل من الواقعتين - الظروف الطارئة، والقوة القاهرة - أن تحدثا في الفترة اللاحقة على إبرام العقد؛ فالمتفق عليه فقهيًا وقضائيًا، أن الواقعتين لا ترتبان أثرهما القانوني على الالتزام العقدي إذا حدثتا قبل إبرام العقد، أو في وقت إبرامه، أو بعد تنفيذه.

(١) النعيمي، نظرية الظروف الطارئة بين الشريعة والقانون، ص ٨٦.

(٢) النعيمي، نظرية الظروف الطارئة بين الشريعة والقانون، ص ٩٠. الفزاري، أثر الظروف الطارئة على الالتزام العقدي في القانون المقارن، ص ٥٣٨، ٥٣٩.

(ب) أوجه الخلاف بين الظروف الطارئة والقوة القاهرة^(١) :

- ١- من جهة الأثر: القوة القاهرة تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلًا استحالة مطلقة، أما الحادث الطارئ فمن شأنه أن يجعل تنفيذ الالتزام ممكنًا، ولكنه يؤدي إلى إرهاب المدين، وتهديده بخسارة فادحة تخرج عن حد المألوف، دون أن يبلغ حد الاستحالة المطلقة؛ فالمدين في الظروف الطارئة يستطيع تنفيذ الالتزام ولكن بشيء من الصعوبة، بينما في القوة القاهرة يستحيل عليه تماماً القيام بهذا التنفيذ.
- ٢- من جهة الجزاء: القوة القاهرة تجعل الالتزام ينقضي؛ فلا يتحمل المدين تبعة عدم التنفيذ. أما الظرف الطارئ؛ فلا ينقضي معه الالتزام، بل يردّه إلى الحد المعقول؛ فتتوزع الخسارة بين الدائن والمدين، ويتحمل المدين شيئاً من تبعة الحادث، وذلك لأن اشتراط أن يكون أثر الحادث في القوة القاهرة هو الاستحالة المطلقة يستلزم أن يكون الجزاء هو فسخ العقد. أما اشتراط أن يكون أثر الحادث في الظرف الطارئ هو الاستحالة النسبية، أو مجرد قيام إرهاب، أو نشوء صعوبة في التنفيذ؛ فيستلزم أن يكون الجزاء هو تعديل شروط العقد على نحو يزيل هذا الإرهاب، أو يخفف من وقعه.

(١) السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج١، ص٦٤٥، ٥٤٦، ٥٤٨، ٥٤٩. السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج٦، ص٢٦. النعيمي، نظرية الظروف الطارئة بين الشريعة والقانون، ص٩٠. علوبة، نظرية الحوادث الطارئة، ص٥، بكير، بحث بعنوان: أثر الاستحالة النسبية على تنفيذ الالتزام، منشور في مجلة المحاماة، تصدر عن نقابة المحامين، جمهورية مصر العربية، العددان الأول والثاني، السنة السادسة والستون، سنة ١٩٨٦م، ص٥٠. أبو ستيت، نظرية الالتزام، ص٢٤٩.

المبحث الثاني

مجال تطبيق نظرية الظروف الطارئة

حصرت أحكام نظرية الظروف الطارئة في الفقه والقضاء في الالتزامات الناشئة عن عقد؛ فكلّ التزام لا ينشأ عن عقد لا تسري عليه أحكام النظرية^(١).

ولكن لم يكن موقف الفقه والقضاء من سريان نظرية الظروف الطارئة على جميع العقود محل اتفاق؛ فمنها ما اتفق على سريان النظرية عليها، وبعضها الآخر مختلف فيه، وذلك على النحو الآتي:

(١) العقود المحددة:

العقود المحددة هي العقود التي يعرف فيها كل من الطرفين وقت إبرام العقد ما يأخذ، ومقدار ما يعطي؛ لأنّ الالتزامات تتعين فيها عند تكوين العقد، ولذلك اعتبر الفقه والقضاء العقود المحددة هي ميدان تطبيق نظرية الظروف الطارئة^(٢).

ولكن هذه العقود تختلف من حيث زمن تنفيذها؛ فمنها ما يحتاج تنفيذها إلى فترة زمنية يستمر فيه تنفيذ العقد، أو يتعاقب خلاله، ومنها ما لا يحتاج إلى

(١) الترماني، نظرية الظروف الطارئة، ص ١٢٠. ناجي، التوازن الاقتصادي في العقد أثناء تنفيذه، ص ٦٠. الفزاري، أثر الظروف الطارئة على الالتزام العقدي في القانون المقارن، ص ٤١٠.

(٢) الترماني، نظرية الظروف الطارئة، ص ١٢٢. الفزاري، أثر الظروف الطارئة على الالتزام العقدي في القانون المقارن، ص ٤١٠. سلطان، النظرية العامة للالتزام، ج ١، ص ٣٥٤. النعيمي، نظرية الظروف الطارئة بين الشريعة والقانون، ص ١١٤.

زمن، لأن طبيعته تقتضي التنفيذ الفوري، ومن هنا، كانت العقود المحددة على نوعين:

الأول: عقود المدة: وهي التي يحتاج تنفيذها إلى عنصر الزمن، إذ يتحدد من خلاله مقدار أو كم الالتزام بحسب المدة التي يستغرقها التنفيذ، لأنها إما أن تكون ذات تنفيذ مستمر، كعقد الإجارة، أو ذات تنفيذ دوري، كعقد التوريد^(١).

واتفق الفقه والقضاء على سريان نظرية الظروف الطارئة على عقود المدة (العقود المستمرة، أو الدورية التنفيذ). لأن الزمن ركن أساسي في تنفيذ الالتزامات الواردة فيها، فهي تختم بطبيعتها التأجيل في التنفيذ^(٢).

الثاني: العقود الفورية: وهي التي لا يحتاج تنفيذها إلى فترة زمنية، إذ هي - بحسب الأصل - لا يتراخى فيها التنفيذ، لأنها تنفذ فور صدورها. ولكن قد يتوقف تنفيذها لسبب ما، أو يقع الاتفاق على تأجيل تسليم المبيع، أو الثمن من الطرفين، وهذه تعرف بالعقود الفورية المؤجلة التنفيذ^(٣).

هذا؛ ففي الحالة الأولى التي تم تنفيذ الالتزامات فور انعقاد العقد مباشرة، لا يتصور فيها نظرية الظروف الطارئة، لانتهاء آثار العقد فور انعقادها^(٤).

(١) الترماني، نظرية الظروف الطارئة، ص ١٢٢. الفزاري، أثر الظروف الطارئة على الالتزام العقدي في القانون المقارن، ص ٢٤٨.

(٢) الترماني، نظرية الظروف الطارئة، ص ١٢٣. ناجي، التوازن الاقتصادي في العقد أثناء تنفيذه، ص ٦٦.

(٣) الترماني، نظرية الظروف الطارئة، ص ١٢. الفزاري، أثر الظروف الطارئة على الالتزام العقدي في القانون المقارن، ص ٢٤٩.

(٤) فرج، دروس في النظرية العامة للالتزام، ص ١٨٨. الفزاري، أثر الظروف الطارئة على الالتزام العقدي في القانون المقارن، ص ٢٥٣.

أما في الحالة الثانية التي لم تنفذ الالتزامات الواردة في العقد، أو التي تأجل تنفيذها؛ باتفاق الطرفين؛ فقد وقع الخلاف في الفقه، والقضاء في تطبيق نظرية الظروف الطارئة عليها على ثلاثة آراء:

الرأي الأول: ذهب أنصار هذا الرأي إلى أن تطبيق نظرية الظروف الطارئة ينحصر في عقود المدة، ولا يمكن تطبيقها على العقود الفورية المؤجلة التنفيذ، ولو كان تنفيذها مؤجلاً إلى المستقبل، أو كان تنفيذها مجزأً على عدة سنوات^(١)؛ وذلك لأنَّ عقد المدة ينطوي على خصيصتين تعتبران من مستلزماته، وهما:

الأولى: خصيصة التعاقب: ومقتضاها أنَّ عقد المدة يتضمن جملة أداءات يعقب بعضها بعضاً، ويعتبر كل منها محلاً لعقد قائم بذاته، وبذلك يكون ثمة عقود متعاقبة بقدر الأداءات المتعاقبة.

الثانية: خصيصة التقابل: ومقتضاها أنَّ ثمة توازناً بين الأداءات المتقابلة، ولما كان هذا العقد يتكون من جملة عقود متتالية، لا يكفي أن يوجد هذا التقابل عند بدء التعاقد، بل يجب أن يوجد في كلِّ المدة المتفق عليها، وعلى هذا الأساس ذهب أنصار هذا الرأي إلى أنَّ كلَّ عقد مدة إنما ينطوي على شرط ضمني مؤداه ألا تتغير الظروف التي كانت موجودة عند التعاقد في كل فترة التنفيذ، أي أن يظلَّ التقابل الذي كان قائماً وقت انعقاد العقد موجوداً في كل فترات وجود هذا العقد، فإذا طرأت ظروف من شأنها زوال هذا التوازن وجب أن يزول العقد^(٢).

(١) الترماني، نظرية الظروف الطارئة، ص ١٢٣. حجازي، عقد المدة أو العقد المستمر والدوري التنفيذ، ص ١٦٤. عرفه، شرح قانون الإصلاح الزراعي، ص ٤٩، ٥٠. أشار إليه، ناجي، التوازن الاقتصادي في العقد أثناء تنفيذه، ص ٦٧. الفزاري، أثر الظروف الطارئة على الالتزام العقدي في القانون المقارن، ص ٢٥٢.

(٢) عرفه، شرح قانون الإصلاح الزراعي، ص ٥٠، ٥١، أشار إليه، النعيمي، نظرية الظروف الطارئة بين الشريعة والقانون، ص ١١٦. حجازي، عقد المدة، ص ١٦٤. حجازي، النظرية العامة للالتزام، ج ٢، ص ١٩٤.

أيضاً، لأنَّ تطبيق نظرية الظروف الطارئة يتطلب أن يكون العقد المراد تطبيقها عليه من العقود التي تحتم بطبيعتها تأجيل التنفيذ، إما لأنَّ الزمن ركن أساسي في تنفيذ الالتزام، كما هو الحال في عقود المدة، أو لأنَّ العمل المراد تحقيقه يستغرق إتمامه مدة من الزمن، كما هو الحال في عقود الاستصناع. أما العقود التي يكون التأجيل فيها تحكيمياً، لم يقصد به إلا تسهيل التنفيذ على المدين؛ فلا تسرى عليه النظرية^(١).

الرأي الثاني: ذهب أنصار هذا الرأي إلى أنَّ حكم نظرية الظروف الطارئة يسري على كلِّ عقد يوجد فيه فاصل زمني بين إبرامه وتنفيذه؛ فمجال تطبيق النظرية - حسب هذا الرأي - يشمل العقود ذات التنفيذ المستمر، كالإيجار، والعقود ذات التنفيذ الدوري، كعقد التوريد، والعقود الفورية المؤجلة التنفيذ، كالبيع بثمن مؤجل، وهذا ما سلك عليه الفقه والقضاء في الأقطار العربية التي أخذت تقنيناتها المدنية بالنظرية العامة للظروف الطارئة^(٢).

ومبررات هذا الرأي، أنَّ عامل المدة ليس مطلوباً في العقود لكي تسري عليها أحكام النظرية، وإنما يكفي أن يكون العقد متراخي التنفيذ، بحيث تفصل

(١) عرفه، شرح قانون الإصلاح الزراعي، ص ٥٠. أشار إليه الفزاري، أثر الظروف الطارئة على الالتزام العقدي في القانون المقارن، ص ٢٥١. ناجي، التوازن الاقتصادي في العقد أثناء تنفيذه، ص ٦٧.

(٢) الترماني، نظرية الظروف الطارئة، ص ١٢٥. البدراوي، النظرية العامة للالتزامات، ج ١، ص ٤٠٦. حجازي، عقد المدة، ص ١٦٤، ١٦٥. حجازي، النظرية العامة للالتزام، ج ٢، ص ١٩٤، ١٩٥. أبو ستيت، نظرية الالتزام، ص ٢٤٩. ناجي، التوازن الاقتصادي في العقد أثناء تنفيذه، ص ٧٤، ٧٥. الفزاري، أثر الظروف الطارئة على الالتزام العقدي في القانون المقارن، ص ٢٥٣. السنهاوري، الوسيط، ج ١، ص ٦٤٢. الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام، ج ١، ص ٣٥٨. السنهاوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج ٦، ص ٢٥. سلطان، النظرية العامة للالتزام، ج ١، ص ٣٥٤. الفزاري، أثر الظروف الطارئة على الالتزام العقدي في القانون المقارن، ص ٤٠٨، ٤٠٩.

بين إبرامه، وبين تنفيذ جميع الالتزامات الناشئة عنه فترة زمنية طويلة نسبياً تسمح بتغير الظروف خلالها، وبوقوع حوادث لم تكن متوقعة، ودلالة هذا التبرير أن شرط التراخي شرط غالب، لا شرط ضروري^(١).

ويؤكد ذلك، أن أساس النظرية هو العدالة، ورفع العنت عن المدين تمكيناً له من تنفيذ التزامه دون إرهاب كبير، وهو يتوافر في العقود الفورية المؤجلة التنفيذ، كما يتوافر في عقود المدة مستمرة التنفيذ، أو دورية التنفيذ^(٢).

الرأي الثالث: ذهب أنصار هذا الرأي إلى أنه لا تأثير للمدة في تطبيق النظرية على العقود، وليست شرطاً في العقود التي تسرى عليها أحكامها، وإنما العبرة في ذلك للتنفيذ وحده؛ فإن لم ينفذ العقد تسرى عليه سواء أكان من العقود الفورية المؤجلة، أم غير مؤجلة التنفيذ، أم كان من العقود المستمرة، أم دورية التنفيذ^(٣).

هذا؛ فالعبرة في التطبيق لدى أنصار هذا الرأي تكون بالتنفيذ؛ فإما أن يكون العقد قد نفذ بتمامه، فلا يكون عندئذ مجال لتطبيق النظرية، وأما أن يكون العقد باقٍ من غير تنفيذ، أو لم ينفذ بكامله؛ فتطبق النظرية على الجزء الذي لم ينفذ من الالتزامات العقدية، وهذا لا يغير من وجه الحقيقة في شيء كون العقد بعد ذلك من العقود الزمنية، أو العقود الفورية المؤجلة، أو غير المؤجلة التنفيذ^(٤).

(١) السنهاوري، الوسيط، ج ١، ص ٦٤٣. الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام، ج ١، ص ٣٥٨. مرقس، نظرية العقد، ص ٣٣٩. النعيمي، نظرية الظروف الطارئة بين الشريعة والقانون، ص ١١٩. الفزاري، أثر الظروف الطارئة على الالتزام العقدي في القانون المقارن، ص ٤٠٧.

(٢) حجازي، عقد المدة، ص ١٦٦. النعيمي، نظرية الظروف الطارئة بين الشريعة والقانون، ص ١١٩.

(٣) النعيمي، نظرية الظروف الطارئة بين الشريعة والقانون، ص ١١٥. الفزاري، أثر الظروف الطارئة على الالتزام العقدي في القانون المقارن، ص ٢٥٦.

(٤) الفزاري، أثر الظروف الطارئة على الالتزام العقدي في القانون المقارن، ص ٢٥٦.

وذلك، لأنَّ الغالب الأعم في تطبيق النظرية أن يمر وقت زمني بين إبرام العقد وتنفيذه، وهذا ما يقع في عقود المدة الفورية المؤجلة التنفيذ، ولكن هذا العام الغالب لا يحول دون وقوع النادر القليل؛ فقد يقع الحادث الاستثنائي بعد صدور العقد الفوري مباشرة، وقبل تنفيذه؛ فيجب أن لا يمنع تطبيق النظرية في مثل هذه الحالة^(١).

قال السنهوري: «إن طرء حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وقت التعاقد - وهذا هو الأساس الذي تقوم عليه النظرية - يقتضي أن يكون هناك فترة من الزمن تفصل ما بين صدور العقد وتنفيذه. على أن العقد إذا كان غير مترسخ، وطرأت مع ذلك هذه الحوادث الاستثنائية عقب صدوره مباشرة، وإن كان ذلك لا يقع إلا نادراً؛ فليس يوجد ما يمنع من تطبيق النظرية»^(٢).

٢) العقود الاحتمالية:

العقود الاحتمالية هي العقود التي لا يتحدد فيها مقدار ما يأخذ أحد المتعاقدين، ومقدار ما يعطيه لقاء ذلك، إلا في المستقبل، لأنَّ مقدار الأداء الواجب دفعه من أحد المتعاقدين يتوقف على أمر غير محقق الوقوع، أو غير معروف وقت وقوعه^(٣)، ولذلك اختلف في حكم سريان نظرية الظروف الطارئة عليها على رأيين:

(١) النعيمي، نظرية الظروف الطارئة بين الشريعة والقانون، ص ١٢١.

(٢) السنهوري، الوسيط، ج ١، ص ٦٤٢.

(٣) ناجي، التوازن الاقتصادي في العقد أثناء تنفيذه، ص ٦٢. العطار، نظرية الالتزام في الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية، ج ١، ص ٢٧١. الترماني، نظرية الظروف الطارئة، ص ١٢١.

الرأي الأول: ذهب أنصار هذا الرأي إلى وجوب استبعاد تطبيق نظرية الظروف الطارئة على العقود الاحتمالية^(١).

وذلك، لأنَّ العقود الاحتمالية تقوم أساساً على احتمال الكسب والخسارة؛ فعنصر الإرهاق في تنفيذ الالتزام يتلازم، ويرتبط مع طبيعة هذه العقود، ومتوقع من المتعاقدين منذ لحظة إبرام العقد؛ فالتعاقد قد يعلم، أو كان يجب أن يعلم منذ تلك اللحظة أن الاحتمال قد يسفر عن حدوث اختلال جسيم بين الأداءات العقدية بسبب ما قد ينشأ من خسارة فادحة في ناحية، وكسب طائل في الناحية الأخرى، وهذا يعني، أنَّ التعاقد كان يتوقع ما سيؤول إليه تنفيذ التزامه من إرهاق، والأساس الذي تقوم عليه نظرية الظروف الطارئة هو «ألا يكون في الوسع توقع الإرهاق»؛ فإذا لم يوجد هذا العنصر في العقد فقدت النظرية الأساس القانوني الذي تقوم عليه، وهذا العنصر مفقود في العقود الاحتمالية بحكم طبيعتها القائمة على احتمال الخسارة والكسب، وأن تحديد مقدار ما يأخذ أحد المتعاقدين، ومقدار ما يعطيه لقاء ذلك لا يتم إلا في المستقبل، ولذلك تخرج من نطاق نظرية الظروف الطارئة لتوقع كل من المتعاقدين الحوادث والاحتمالات غير المتوقعة والمألوفة كافة، وبالتالي يكون غيباً احتمالياً، وخسارة متوقعة يتحملها أحد العاقدين، وذلك كعقود المضاربة، والتأمين، والقمار، والرهان، ونحوها.

(١) سلطان، النظرية العامة للالتزام، ج١، ص٣٥٤. السنهاوري، مصادر الحق، ج٦، ص٢٥. الترماني، نظرية الظروف الطارئة، ص١٢٠. ناجي، التوازن الاقتصادي في العقد أثناء تنفيذه، ص٦٢. الفزاري، أثر الظروف الطارئة على الالتزام العقدي في القانون المقارن، ص٤١٠. فرج، دروس في النظرية العامة للالتزام، ص١٨٨.

غير أنه إذا أمكن دفع الاحتمال، أو انتفى عنصر المجازفة في العقد؛ فإنه ينقلب إلى عقد محدد تسرى عليه أحكام نظرية الظروف الطارئة^(١).

الرأي الثاني: ذهب أنصار هذا الرأي إلى أن نظرية الظروف الطارئة تسرى على العقود كافة، بما فيها العقود الاحتمالية^(٢).

وتمسك أصحاب هذا الرأي بعموم النصوص، وإطلاقها الوارد بخصوص أعمال نظرية الظروف الطارئة في التقنيات المدنية^(٣).

(٣) العقود الملزمة للطرفين، والملزمة لطرف واحد :

اتفق الفقه والقضاء على سريان نظرية الظروف الطارئة على العقود الملزمة للطرفين^(٤)، واختلف في سريانها على العقود الملزمة لطرف واحد، على رأيين:

الرأي الأول: ذهب أنصار هذا الرأي إلى أن نطاق سريان نظرية الظروف الطارئة يقتصر على العقود التي ترتب التزامات متقابلة، ومعنى ذلك، أن أنصار

(١) ناجي، التوازن الاقتصادي في العقد أثناء تنفيذه، ص ٦٣. النعيمي، نظرية الظروف الطارئة في الشريعة والقانون، ص ١١٤. الفزاري، أثر الظروف الطارئة على الالتزام العقدي في القانون المقارن، ص ٢٧١، ٢٧٢. مرقس، نظرية العقد، ص ٣٤٠. الترماني، نظرية الظروف الطارئة، ص ١٢١، ١٢٢.

(٢) الفزاري، أثر الظروف الطارئة على الالتزام العقدي في القانون المقارن، ص ٤١٠. الترماني، نظرية الظروف الطارئة، ص ١٢٢. ناجي، التوازن الاقتصادي في العقد أثناء تنفيذه، ص ٦١. مرقس، في الالتزامات، ص ٢٢٤.

(٣) ناجي، التوازن الاقتصادي في العقد أثناء تنفيذه، ص ٦١. مرقس، في الالتزامات، ص ٢٢٤.

(٤) ناجي، التوازن الاقتصادي في العقد أثناء تنفيذه، ص ٦٣، ٦٤. بكير، بحث بعنوان: «أثر الاستحالة النسبية على تنفيذ الالتزام» منشور في مجلة المحاماة، العددان الأول والثاني، السنة السادسة والستون، سنة ١٩٨٦، تصدر عن نقابة المحامين، مصر، ص ٥٢.

هذا الرأي يقصرون تطبيق النظرية على العقود الملزمة للطرفين، دون العقود الملزمة لطرف واحد^(١).

وذلك؛ لأنَّ العقد الملزم لطرف واحد لا ينشئ التزامات إلا في جانب أحد المتعاقدين؛ فيكون مديناً غير دائن، ويكون المتعاقد الآخر دائناً غير مدين، وعلى هذا؛ فلا مجال لإعمال قاعدة تبادل التطبيق على العقود الملزمة لطرف واحد؛ لأنَّ الدائن لا يتحمل أي التزام حتى يطلب الترفق به عند قيام الإرهاق في التنفيذ^(٢).

الرأي الثاني: ذهب أنصار هذا الرأي إلى أنَّ نطاق نظرية الظروف الطارئة يسري على العقود الملزمة لطرف واحد، كما يسري على العقود الملزمة للطرفين^(٣).

وذلك، لأنَّ القانون لا يشترط أن يكون العقد مترافياً بالنسبة للالتزامين المتقابلين، أي منطقياً على أداءات يقابل بعضها بعضاً، من أجل أن تسري عليه أحكام النظرية، وإنما العبرة بالالتزام العقدي الذي أصبح مرهقاً، وليس الالتزام الآخر الذي يقابله، وبذلك تنطبق أحكام النظرية على عقد العارية، وعقد الهبة، وغيرهما من العقود^(٤).

(١) الفزاري، أثر الظروف الطارئة على الالتزام العقدي في القانون المقارن، ص ٤١٠. ناجي، التوازن الاقتصادي في العقد أثناء تنفيذه، ص ٦٣، ٦٤. بكير، بحث بعنوان: «أثر الاستحالة النسبية على تنفيذ الالتزام»، ص ٥٢.

(٢) السنهوري، الوسيط، ج ١، ص ١٥٨. الفزاري، أثر الظروف الطارئة على الالتزام العقدي في القانون المقارن، ص ٤١٠.

(٣) حجازي، النظرية العامة للالتزام، ج ٢، ص ١٩٦. ناجي، التوازن الاقتصادي في العقد أثناء تنفيذه، ص ٦٤.

(٤) الفزاري، أثر الظروف الطارئة على الالتزام العقدي في القانون المقارن، ص ٤١٠. بكير، بحث بعنوان: «أثر الاستحالة النسبية على تنفيذ الالتزام»، ص ٥٣.

هذا، ومما يجب أن يشار إليه، أنَّ مواطن الخلاف التي وقعت في الفقه والقضاء في مجال تطبيق نظرية الظروف الطارئة على العقود، ما زالت جذورها ممتدة في المؤلفات المعاصرة بين مؤيد لرأي، ومعارض لآخر، وذلك حسب مؤيدات ذلك الترجيح عند صاحبه.

المبحث الثالث

شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة

قيد الفقه والقضاء تطبيق نظرية الظروف الطارئة على الوقائع القانونية بجملة من الشروط، تتمثل بما يلي:

الشرط الأول: أن يكون الالتزام الذي تثار بشأنه نظرية الظروف الطارئة تعاقدياً، ومفاد هذا الشرط، أنَّ النظرية لا تسري إلا على الالتزامات التعاقدية فقط، وهي تلك الالتزامات التي تنشأ عن عقد؛ فكلّ التزام لا ينشأ عن عقد يخرج عن نطاق سريان النظرية^(١).

هذا؛ فقد اتفق الفقه والقضاء على سريان نظرية الظروف الطارئة على عقود المدة، والعقود الملزمة للطرفين، وتباينت الآراء حول سريانها على العقود الفورية المؤجلة التنفيذ، والعقود الاحتمالية، والعقود الملزمة لطرف واحد^(٢).

وتفاوت تبعاً لذلك اعتمادها - العقود التي اختلف في سريان النظرية عليها - في هذا الشرط؛ فمن أيد اعتبارها أدخلها في هذا الشرط، ومن عارض اعتبارها أخرجها منه.

(١) الشراقوي، النظرية العامة للالتزام، ص ٣٥٨. ناجي، التوازن الاقتصادي في العقد أثناء تنفيذه، ص ٦٠.

(٢) السنهوري، الوسيط، ج ١، ص ٦٤٢. الترماني، نظرية الظروف الطارئة، ص ١٢٣. الفزاري، أثر الظروف الطارئة على الالتزام العقدي في القانون المقارن، ص ٢٥٢، ٤١٠. البدرائي، النظرية العامة للالتزامات، ج ١، ص ٤٠٦. أبو ستيت، نظرية الالتزام، ص ٢٤٩. سلطان، النظرية العامة للالتزام، ج ١، ص ٣٥٤. حجازي، النظرية العامة للالتزام، ج ٢، ص ١٩٦، ١٩٧.

وأيّاً ما كان التباين؛ فإنه لا بد من وجود عقد متراخي التنفيذ، بحيث تفصل بين إبرامه، وبين تنفيذ الالتزامات الناشئة عنه فترة زمنية تسمح بتغير الظروف في أثنائها، وبوقوع حوادث استثنائية، وهذا ما تقتضيه كافة الآراء^(١).

الشرط الثاني: أن يكون الظرف الطارئ ناشئاً عن حادث استثنائي عام، غير متوقع، ولا يمكن دفعه. ومفاده، أن يكون التنفيذ المرهق سببه حوادث استثنائية عامة غير متوقعة، ولا يمكن دفعها^(٢).

والحادث الاستثنائي هو الحادث غير العادي، ويكون الحادث غير عادي إذا كان المتعاقدان يعتقدان عدم تحققه في فترة تنفيذ العقد؛ فإذا وقع في تلك الفترة اعتبر حادثاً استثنائياً غير مألوف، وذلك نحو وقوع حرب، أو حدوث زلزال، أو نزول وباء، وغير ذلك وعلى العكس من ذلك؛ فإن الحادث يكون عادياً إذا كان المتعاقدان بحسب البيئة والظروف الأخرى يعدان ذلك الحادث محتمل الوقوع، وعليه؛ فإذا كان الحادث غير استثنائي لم يكن ظرفاً طارئاً^(٣).

ويشترط أن يكون الحادث الاستثنائي حادثاً عاماً، أي غير خاص بالمدين الذي يطلب تعديل العقد، بل يجب أن يكون شاملاً للناس كافة، أو لطائفة منهم، كأهل بلد أو إقليم معين؛ فلا يعد حادثاً طارئاً إفلاس المدين، أو موته أو

(١) الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام، ص ٣٥٨. البدراوي، النظرية العامة للالتزامات، ج ١، ص ٤٠٦.

(٢) حجازي، النظرية العامة للالتزام، ج ٢، ص ١٩٩. البدراوي، النظرية العامة للالتزامات، ج ١، ص ٤٠٧. فرج، دروس في النظرية العامة للالتزام، ص ١٨٩. الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام، ص ٣٥٨. ناجي، التوازن الاقتصادي في العقد أثناء تنفيذه، ص ٦٠.

(٣) حجازي، النظرية العامة للالتزام، ج ٢، ص ١٩٩. البدراوي، النظرية العامة للالتزام، ج ١، ص ٤٠٧.

مرضه وعجزه، ولو أدت إلى صعوبة تنفيذ التزاماته، لأنَّ هذه الحوادث وأمثالها خاصة به، وليست عامة.

وأضيف إلى ما سبق، أن يكون غير ممكن الدفع، إذ المدين ملزم بتفادي الحوادث التي تعجزه عن الوفاء إذا كان في وسعه ذلك؛ فأما إن ثبت عجزه عن دفعه فيكون حادثاً استثنائياً^(١).

الشرط الثالث: أن يجعل الحادث الاستثنائي تنفيذ الالتزام مرهقاً للمدين، لا مستحيلاً، بحيث يهدده بخسارة فادحة^(٢).

هذا، ويشترط كون الحادث الاستثنائي يجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً للمدين، لا مستحيلاً؛ لأنَّ الاستحالة تؤدي إلى انقضاء الالتزام، وتحمل أحد المتعاقدين دون الآخر تبعة الاستحالة، وهذا من اختصاص نظرية القوة القاهرة. أما نظرية الظروف الطارئة؛ فهي في صدد التزام لا يزال تنفيذه ممكناً، ولكن مع إرهاق المدين في التنفيذ، الأمر الذي يقتضي ردَّ الالتزام إلى الحد المعقول بحيث يتوزع الإرهاق على الطرفين^(٣).

ويقدر الإرهاق تقديراً موضوعياً لا شخصياً؛ فلا ينظر إلى درجة إمكان المدين شخصياً على تحمل الخسارة الناشئة من تغير الظروف، أي لا ينظر إلى مدى الخسارة الناشئة من ذلك، ومجاورتها قدر الخسارة المحتملة عادة في مثل

(١) السنهوري، الوسيط، ج ١، ص ٦٤٤. البدراوي، النظرية العامة للالتزام، ج ١، ص ٤٠٨. الترماني، نظرية الظروف الطارئة، ص ١٣٩.

(٢) ناجي، التوازن الاقتصادي في العقد أثناء تنفيذه، ص ٦٠. فرج، دروس في النظرية العامة للالتزام، ص ١٨٩. الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام، ص ٣٥٩. حجازي، النظرية العامة للالتزام، ج ٢، ص ١٩٧.

(٣) حجازي، النظرية العامة للالتزام، ج ٢، ص ١٩٧. سلطان، النظرية العامة للالتزام، ج ١، ص ٣٥٥.

الصفقة المعتادة؛ فتنسب الخسارة إلى هذه الصفقة لا إلى مجموع أموال المدين. وعليه؛ فإن الإرهاق يحدده معيار موضوعي ينظر إلى الصفقة المعقودة، ومدى اختلال التوازن الاقتصادي بين التزامات الطرفين بقطع النظر عن ثروة المدين^(١).

(١) السنهوري، الوسيط، ج ١، ص ٦٤٥، ٦٤٦. سلطان، النظرية العامة للالتزام، ج ١، ص ٣٥٥. الترماني، نظرية الظروف الطارئة، ص ١٦٣. الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام، ص ٣٦٠. حجازي، النظرية العامة للالتزام، ج ٢، ص ١٩٨.

المبحث الرابع حكم نظرية الظروف الطارئة (الآثار المترتبة على اعتبارها)

تختلف النظم المدنية في تنظيمها للجزاء الذي يقضي به قاضي الموضوع تطبيقاً لنظرية الظروف الطارئة؛ فبعض النظم، وخاصة التشريعات العربية قررت تعديل شروط العقد إذا توفرت شروط الظرف الطارئ، وذلك من خلال معالجة تركيب العقد الداخلي، مثل تعديل القيم المادية فيه، أو إعادة تركيبها شكلاً، أو موضوعاً بطريقة تتلاءم مع واقع الظروف الجديدة، دون الوصول إلى حدّ إلغاء الوجود القانوني للعقد؛ فلا يجوز للقاضي أن يقضي بفسخ العقد، رغبة في الإبقاء على العقد، واستمراره، وفي توزيع نتائج تلك الظروف على المتعاقدين^(١).

والتعديل يكون برد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ولا قيد على قاضي الموضوع في تخير نوع التعديل الذي يدخله على شروط العقد، إلا ما يمليه عليه تحقيق التوازن بين مصلحة طرفيه؛ فقد يكون ذلك بإنقاص الالتزام المرهق، كإنقاص الكميات الملزمة بتوريدها المورد إلى حد يمكن معه للمدين تحمله، أو زيادة الالتزام المقابل للالتزام المرهق، كأن يرفع الثمن الذي التزم به المشتري إذا زادت الأسعار بشكل غير مألوف. بحيث يتوزع الإرهاق بين الدائن والمدين.

(١) حجازي، النظرية العامة للالتزام، ج ٢، ص ٢٠٠. الب دراوي، النظرية العامة للالتزام، ج ١، ص ٤١٠. الفزاري، أثر الظروف الطارئة على الالتزام العقدي في القانون المقارن، ص ٧١٤، ٧٢١.

وقد يكون ذلك بوقف تنفيذ العقد بعض الوقت حتى تنتهي الظروف الطارئة، وذلك إذا تبين أن الظرف الطارئ مؤقت، أو أن آثاره مؤقتة، ما لم يكن في ذلك ضرر جسيم للدائن، ويحكم بإيقاف تنفيذ العقد مؤقتاً، سواء كان عقداً فورياً، أو عقداً مستمراً، أو عقداً دوري التنفيذ، إلى الفترة التي يحددها القاضي^(١).

وبعضها أخذ - خاصة التشريعات العربية - فسخ العقد، وانحلاله وسيلة لمعالجة مشكلة تغير الظروف، دون اعتبار الحلول التي تنطوي على إجراء تعديلات في شروط العقد؛ فهي لا تأخذ في إصلاح ما قد ينشأ من اختلال في التوازن الاقتصادي للعقد، وإنما يستعان بها في القضاء على العقد وإزالته من الوجود^(٢).

وبعضها جمع بين الفسخ والتعديل؛ فلا يترك التعديل لصالح الفسخ، ولا يضحى بالفسخ من أجل التعديل، وإنما يجمع بينهما، وذلك حسب أثر الظرف الطارئ على العقد^(٣).

(١) سلطان، النظرية العامة للالتزام، ج ١، ص ٣٥٦. الب دراوي، النظرية العامة للالتزام، ج ١، ص ٤٠٩. ناجي، التوازن الاقتصادي في العقد أثناء تنفيذه، ص ١٤٩. العطار، نظرية الالتزام في الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية، ص ٢٢٢، ٢٢٣. بكير، أثر الاستحالة النسبية على تنفيذ الالتزام، ص ٥٣. عبد الجواد، بحث بعنوان: «شرط الإرهاق في تطبيق نظرية الظروف الطارئة»، منشور في مجلة القانون والاقتصاد، العدد الرابع، السنة الثالثة والثلاثون، ١٩٦٣. تصدرها كلية الحقوق، جامعة القاهرة. ص ٦١٣.

(٢) الفزاري، أثر الظروف الطارئة على الالتزام العقدي في القانون المقارن، ص ٧٢٠، ٧٢١.

(٣) الفزاري، أثر الظروف الطارئة على الالتزام العقدي في القانون المقارن، ص ٧٢٢. الترماني، نظرية الظروف الطارئة، ص ١٦٥.

المبحث الخامس

أوجه الاتفاق والاختلاف بين العذر الطارئ ونظرية الظروف الطارئة

المطلب الأول

من حيث السبب الموجب للظرف الطارئ

مأتي السبب الموجب للظرف الطارئ أمر خارج عن نطاق التعاقد، وعن إرادة العاقدين، ينشئ عنه ضرر يلحق بأحد المتعاقدين (الدائن أو المدين) يمنعه من استيفاء الالتزامات المتفق عليها في العقد، إذ معلوم بداهة، أن المضي على موجب العقد في ظلّ الظرف الطارئ ينشئ عنه ضرر يؤثر على الالتزامات الواردة في العقد تأثيراً سلبياً، من خلال الإخلال بالتوازن القائم على أساس التبادل في الالتزامات بين المتعاقدين، والذي يعتبر الأساس الذي أبرم العقد من أجله.

فالضرر اللاحق بالمتعاقد المضرور، والناشئ عن تغير الظروف التي أبرم العقد في ظلها، مناط خاص نشأ بسببه مبدأ العذر الطارئ في الفقه، ونظرية الظروف الطارئة في القانون.

وإذا كان هذا المناط ينبئ عن وحدة المنشأ؛ فإنه يستلزم الاشتراك في الغاية التي شرع من أجلها كل منهما، وهي رفع الضرر، أو التخفيف منه، إرساء لمقتضيات العدالة في العقود^(١).

(١) الترماني، نظرية الظروف الطارئة، ص ٨٣. النعيمي، نظرية الظروف بين الشريعة والقانون، ص ٢٨٤.

إلا أنَّ وحدة المناط والغاية بينهما، لم تمنع الاختلاف في نوع الضرر الواجب رفعه في كلٍّ منهما؛ فالعذر الطارئ يوجب إزالة كل ضرر اقتصادي، أو اجتماعي، أو نفسي. أما نظرية الظروف الطارئة فتقتصر على إزالة الضرر الاقتصادي فقط، دون الالتفات إلى الاعتبارات الأخرى في العقد^(١).

المطلب الثاني

من حيث محل الظرف الطارئ

يتضح الفرق بوضوح بين نظرية الظروف الطارئة، ومبدأ العذر الطارئ في المحل الذي يقع عليه الطارئ؛ فهو في نظرية الظروف الطارئة يطرأ على محل الالتزام ذاته، كارتفاع أسعار السلع التي يتعهد المتعاقد بتوريدها^(٢). أما في مبدأ العذر الطارئ؛ فقد يطرأ العذر على محل العقد؛ فيؤثر على استيفاء الالتزام المتفق عليه بين المتعاقدين، نحو شفاء العضو المتفق على بتره^(٣). أو يطرأ على طرفي العقد - وهو الأغلب الأعمّ في التطبيقات الفقهية؛ فيؤثر على استيفاء منفعة المعقود عليه مع بقاء محل العقد سليماً من أثر العذر الطارئ، وذلك نحو الأعذار التي تقع في جانب المؤجر، نحو الدين الفادح، وغيره، أو تقع في جانب المستأجر نحو الإفلاس، أو إرادة السفر، أو تغيير الحرفة؛ فإنه يثبت بها حق الفسخ لهما^(٤)، مع أن محل العقد، وهو الإيجار، بقي سليماً لم يتأثر بما لحق بأطراف العقد، بل يُرى أنَّ فقهاء الحنفية ذهبوا إلى أنَّ بعض الأعذار التي تطرأ

(١) النعيمي، نظرية الظروف الطارئة بين الشريعة والقانون، ص ٢٨٤.

(٢) الترماني، نظرية الظروف الطارئة، ص ٨٤.

(٣) السرخسي، المبسوط، ج ١٦، ص ٣. الخرشي، حاشية الخرشي، ج ٧، ص ٣٧٠. النووي، روضة الطالبين، ج ٤، ص ٣١٨. البهوتي، كشف القناع، ج ٤، ص ٢٧.

(٤) السرخسي، المبسوط، ج ١٦، ص ٤. الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٤، ص ٥٤، ٥٥. ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج ٩، ص ٩٧.

على محل العقد لا يثبت بها حق الفسخ^(١)؛ لأنها لا تعد أسباباً موجبة للفسخ، لإمكان استيفاء المنفعة من العقد من غير ضرر زائد بأيّ من المتعاقدين، إذ الضرر الناشئ عنها لا يتجاوز قدر ما التزمه المتعاقد في العقد؛ فلا يتحقق فيها مناط الفسخ، وهو الضرر الزائد، وذلك نحو الغلاء أو الرخص في أجر المثل في العين المؤجرة، أو بيعها، ونحو ذلك^(٢).

المطلب الثالث

من حيث الجزاء المترتب على الظرف الطارئ

تبين مما سبق، أنّ النظم القانونية تباينت في آرائها حول الأثر الجزائي للحادث الاستثنائي على ثلاثة اتجاهات^(٣):

الأول: ذهب إلى ردّ الالتزام المرهق إلى الحد المعقول من خلال الحلول الآتية:

- ١- إنقاص الالتزام المرهق.
 - ٢- زيادة الالتزام المقابل للالتزام المرهق.
 - ٣- وقف تنفيذ العقد إلى حين انتهاء أثر الحادث الاستثنائي.
- الاتجاه الثاني: ذهب إلى إلغاء الوجود القانوني للعقد عن طريق الفسخ، دون الالتفات إلى الحلول التي ينطوي عليها الاتجاه الأول.

(١) الترماني، نظرية الظروف الطارئة، ص ٨٤.

(٢) السرخسي، المبسوط، ج ١٦، ص ٤، الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٤، ص ٥٧.

(٣) البدراوي، النظرية العامة للالتزامات، ج ١، ص ٤٠٩، ٤١٠. الفزاري، أثر الظروف الطارئة

على الالتزام العقدي في القانون المقارن، ص ٧١٤، ٧٢٠، ٧٢١، ٧٢٢. العطار، نظرية الالتزام

في الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية، ص ٢٢٢، ٢٢٣.

الاتجاه الثالث: جمع بين الأمرين؛ فأخذ بالفسخ، وإجراء التعديل على شروط العقد لمعالجة مشكلة تغير الظروف في القانون.

أما الأثر الجزائي في مبدأ العذر الطارئ؛ فتمثل بالفسخ أو الانفساخ على حسب طبيعة العذر الطارئ الموجب للأثر الجزائي؛ فإذا كان العذر يوجب العجز عن المضي في موجب العقد شرعاً، بأن كان المضي فيه حراماً؛ فالعقد ينتقض بنفسه، وإن كان العذر يوجب في حالة المضي في موجب العقد ضرراً لم يوجب العقد، فإنه لا يفسخ إلا بالفسخ^(١).

وعليه؛ فإنَّ مبدأ العذر الطارئ جعل الجزاء المترتب على العذر الطارئ هو الفسخ، أو الانفساخ، ودلالة ذلك من حيث المقارنة، أنَّ الأثر الجزائي القائم على أساس الفسخ في مبدأ العذر الطارئ يتفق في ذلك مع النظم القانونية التي أخذت بخيار الفسخ كحل لمشكلة تغير الظروف في القانون^(٢). أما الجزاء القائم على أساس الانفساخ التلقائي للعقد؛ فلم يؤخذ به كجزاء في نظرية الظروف الطارئة، ولعلَّ السبب في ذلك، أنَّ الحالات التي يقضى فيها بانفساخ العقد من تلقاء نفسه، هي من باب الاستحالة المطلقة - القوة القاهرة، وهذا ليس من اختصاص نظرية الظروف الطارئة، وإنما من اختصاص نظرية القوة القاهرة، وسيأتي بيان ذلك في المطلب الآتي.

هذا، وكما أنَّ بعض النظم لم تجعل الجزاء المترتب على العذر الطارئ فسخ العقد، بل وسعت من دائرة الجزاء، وجعلته يشمل تعديل العقد، وهو المشار إليه برد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، من خلال حلوله المختلفة، من إنقاص

(١) الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٤، ص ٥٣، ٥٨. الطُّوري، تكملة البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج ٨، ص ٦٦. الزيلعي، تبين الحقائق، ج ٦، ص ١٦١.

(٢) الفزاري، أثر الظروف الطارئة على الالتزام العقدي في القانون المقارن، ص ٧٢٣. الترماني، نظرية الظروف الطارئة، ص ٨٥.

الالتزام المرهق، أو زيادة الالتزام المقابل للالتزام المرهق، أو وقف تنفيذ العقد^(١)، ومدلول ذلك، أنَّ مجال الجزاء المترتب على الحادث الاستثنائي في القانون الوضعي أوسع مجالاً من الجزاء المترتب على العذر الطارئ في الفقه الإسلامي.

المطلب الرابع

من حيث الشروط الموجبة للمظرف الطارئ

مبدأ العذر الطارئ وفق مفهوم الحنفية يتفق ونظرية الظروف الطارئة في القانون الوضعي في كون الالتزام الذي تسرى عليه أحكام كلٍّ منهما ناشئاً عن عقد.

أما من حيث طبيعة هذا الالتزام؛ فاتفقاً على سريان أحكامهما على عقود المدة الملزمة للطرفين التي يتراخى وقت تنفيذها عن وقت إبرامها، ويتصور فيها الفسخ.

وافترق مبدأ العذر الطارئ عن نظرية الظروف الطارئة في عدم قبول سريان أحكامه على العقود الملزمة لطرف واحد، أو العقود الفورية المؤجلة التنفيذ^(٢).

وعليه يلاحظ، أنَّ الفقه الإسلامي ضيق من نطاق مبدأ العذر الطارئ في العقود، وذلك على خلاف القانون الوضعي الذي وسع من دائرة تطبيق نظرية الظروف الطارئة، على رأي مؤيد لذلك في الفقه، والاجتهاد.

(١) السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج ٦، ص ٩٥. الترماني، نظرية الظروف الطارئة، ص ٨٥.

(٢) انظر من هذا البحث، ص ١٦٤.

وأشار البعض^(١) إلى أن الظرف الطارئ أمر غير متوقع في مبدأ العذر الطارئ في الفقه، ونظرية الظروف الطارئة في القانون، والصحيح، أن الأمر ليس كذلك؛ فالأعذار في تطبيقات مبدأ العذر الطارئ تأتي على حالين، متوقع، وغير متوقع؛ فالمتوقع^(٢)، نحو إرادة السفر، أو النقلة من البلد، أو ترك الحرفة، والانتقال إلى غيرها، ونحو ذلك. أما غير المتوقع؛ فنحو المرض، وحدوث خوف عام، من حرب، أو فتنة، ونحو ذلك.

هذا، وإذا كانت بعض الأعذار في مبدأ العذر الطارئ مما يمكن توقعها وقت العقد^(٣)؛ فإن القانون الوضعي اشترط في الحادث الاستثنائي أن يكون الحادث الطارئ غير متوقع من المتعاقدين وقت العقد، كالحرب أو وقوع زلزال، ونحو ذلك^(٤).

هذا، وكما يستوي أن يكون العذر الطارئ في الفقه ممكن الدفع، والاحتراز منه، كتغير الحرفة، أو محل الإقامة، أو إرادة السفر، أو غير ممكن الدفع والاحتراز منه، كالمرض، أو الإفلاس، أو الحرب، ونحو ذلك؛ فإن القانون الوضعي اشترط في الحادث الاستثنائي أن يكون غير ممكن الدفع، والاحتراز منه^(٥).

(١) السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج ٦، ص ٩٥.

(٢) وهذا ليس على إطلاقه؛ فقد يقع بعضاً من ذلك بعد إبرام العقد، ولم يكن في حساب المتعاقدين؛ فيكون غير متوقع وقت التعاقد.

(٣) الدريني، النظريات الفقهية، هامش (٣)، ص ١٤٧.

(٤) السنهوري، الوسيط، ج ١، ص ٦٤٤. السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج ٦، ص ٩٥. البدراوي، النظرية العامة للالتزامات، ج ١، ص ٤٠٨.

(٥) سلطان، النظرية العامة للالتزام، ج ١، ص ٣٥٥. البدراوي، النظرية العامة للالتزامات، ج ١، ص ٤٠٨.

النعيمة، نظرية الظروف الطارئة بين الشريعة والقانون، ص ٢٨٦. ناجي، التوازن الاقتصادي في العقد أثناء تنفيذه، ص ٦٠. حجازي، النظرية العامة للالتزام، ج ٢، ص ١٩٩.

أيضاً، ويستوي أن يكون الظرف الطارئ عاماً أو خاصاً لاحقاً بشخص أي من المتعاقدين؛ إذ يعتد بالعدر العام^(١)، والعدر الخاص^(٢) على حد سواء في تطبيقات مبدأ العذر الطارئ في الفقه الإسلامي^(٣). في حين اشترط القانون أن يكون الحادث الاستثنائي عاماً غير خاص بالمدين؛ فمرض المدين، أو إفلاسه لا يعد حادثاً استثنائياً، ولو أدى إلى صعوبات في تنفيذ العقد^(٤).

هذا، وإن اتفق مبدأ العذر الطارئ، ونظرية الظروف الطارئة في أن يجعل الظرف الطارئ تنفيذ العقد مرهقاً، لا مستحيلاً، إلا أن مبدأ العذر الطارئ أدخل في تطبيقاته بعض الأعذار التي تجعل الالتزام مستحيلاً، لا مرهقاً، وذلك نحو شفاء اليد المتأكلة المستأجر على معالجتها؛ فمزج بذلك بين استحالة التنفيذ الجزئية، واستحالة التنفيذ المطلقة في تطبيقاته، أما نظرية الظروف الطارئة؛ فتعتبر هذه الأعذار بعيدة عن مفهوم العذر الطارئ غير المتوقع الذي يجعل تنفيذ العقد مرهقاً، لأنها تعتبر من باب استحالة التنفيذ المطلقة، التي تخضع في أحكامها إلى نظرية القوة القاهرة^(٥).

(١) السرخسي، المبسوط، ج ١٦، ص ٥. الزيلعي، تبين الحقائق، ج ٦، ص ١٦٢. التهانوي، إعلاء السنن، ج ١٦، ص ٢٥٥.

(٢) داماد أفندي، مجمع الأنهر، ج ٣، ص ٥٥٧. العيني، البناية شرح الهداية، ج ١٠، ص ٣٤٨. السرخسي، المبسوط، ج ١٦، ص ٣، ٤. الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٤، ص ٥٤، ٥٥، ٥٦.

(٣) الدريني، النظريات الفقهية، ص ١٥٠.

(٤) البدراوي، النظرية العامة للالتزامات، ج ١، ص ٤٠٧. الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام، ص ٣٥٨. النعيمي، نظرية الظروف الطارئة بين الشريعة والقانون، ص ٢٨٦. الترماني، نظرية الظروف الطارئة، ص ٨٣.

(٥) الترماني، نظرية الظروف الطارئة، ص ٨٣، ٨٤. النعيمي، نظرية الظروف الطارئة بين الشريعة والقانون، ص ٢٨٦، ٢٨٧. السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج ٦، ص ٩٥.

المبحث السادس

مدى صلاحية العذر الطارئ أساساً لنظرية الظروف الطارئة

اعتنى الفقه الإسلامي بمشكلة أثر تغير الظروف الطارئة على الالتزام العقدي من خلال المبادئ التشريعية التي أرست مبدأ العذر الطارئ مبدأ عاماً فيه، للاستعانة به عند اقتضاء الحال لمعالجة أثرها على الالتزام العقدي.

وتمثل ذلك في رفع الضرر عن المتعاقد الذي اختل توازن عقده اقتصادياً، وبدنياً ونفسياً، والتخفيف من آثاره الضارة عليه، وذلك من خلال إعادة التوازن العقدي إلى نصابه في ظل الظروف الجديدة.

وسند ذلك في المبادئ التشريعية التي تقوم على مبادئ العدالة في الحقوق والواجبات كافة، بما فيها المعاملات والعقود التي تمنع بدورها حدوث أي خلل في أي حق أو واجب؛ فمنعت الخلل الواقع على العقود الذي يقضي بتحميل أحد المتعاقدين أعباءً زائدة لم يكن ليتحملها لولا تغير ظروف العقد؛ فعدم استحقاق هذه الأعباء أصلاً في الالتزام أوجب على المبادئ التشريعية اعتبار أحكام مبدأ العذر الطارئ في الفقه الإسلامي.

ودالة ذلك، حرص التشريع الإسلامي على الالتزامات التي ينشؤها العقد في مختلف الظروف والأحوال؛ فليس غريباً على التشريع حرصه هذا؛ فقد سعى في كافة أحكامه التي شرعت في العقود، للمحافظة على التوازن العقدي بقدر الإمكان؛ فشرع مبدأ الرضا في العقود، والخيارات، وحرم الربا، والغش، والاحتكار، وغير ذلك من الأحكام، وما هذا إلا دليل على أن مبدأ العدالة مطلوب عند إنشاء العقد، وفي حالة استمراره^(١).

(١) الزحيلي، نظرية الضرورة الشرعية، ص ٣٢٠.

فالاختبارات السابقة منطق تشريعي استند إليه فقهاء الحنفية، ومن وافقهم للأخذ بمبدأ العذر الطارئ؛ فقرروا أنَّ موجب الالتزام في ظلّ تغير الظروف هو التزام للضرر الزائد غير المستحق في أصل العقد^(١)؛ لأنّ المضي على موجب العقد في ظلّ التغير يؤثر على الالتزامات قطعاً؛ فيحدث تفاوت بين التزامات المتعاقدين، وهذا هو عين الضرر الزائد.

وهذا المنطق التشريعي لدى فقهاء الحنفية، ومن وافقهم هو ملحظ رئيس في القانون الوضعي، إذ سعت نظرية الظروف الطارئة، ومن خلال أحكامها إلى محاولة معالجة الخلل الواقع في الالتزام العقدي بفعل تغير الظروف؛ ففرضت أنواع الجزاء المختلفة لرفع الضرر عن المدين، أو التخفيف منه، وإعادة التوازن الاقتصادي والمالي إلى العقد، وذلك حسب مقتضيات العدالة التي ينشدها القانون في ذلك؛ فكانت هذه الاعتبارات من أهم المبادئ القانونية التي استند إليها في مشروعية نظرية الظروف الطارئة^(٢).

وتأسيساً على ما سبق، يمكن القول بأنّ المنطق الشرعي والقانوني في مبدأ العذر الطارئ، ونظرية الظروف الطارئة يشكل وحدة متجانسة من حيث الأساس الذي يستند إليه كل منهما.

غير أنّ المقارنة بينهما أظهرت أنّ ثمة فوارق جوهرية في أحكامها، ظهر من خلالها التباين في مجال التطبيق، ولكن لا ينافي ذلك، أن يشكل مبدأ العذر الطارئ أحد الأسس^(٣) التي يبتني على أساسها نظرية للظروف الطارئة في الفقه الإسلامي، تستمد بعضاً من أحكامها منه.

(١) الزيلعي، تبين الحقائق، ج٦، ص١٦٠. ابن مودود، الاختيار لتعليل المختار، ج٢، ص٦١. الطوري، تكملة البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج٨، ص٦٥.

(٢) ناجي، التوازن الاقتصادي في العقد أثناء تنفيذه، ص٦. بكير، أثر الاستحالة النسبية على تنفيذ الالتزام، ص٨٥.

(٣) ويتكامل هذا الأساس مع الأسس الأخرى، من مبدأ الجوائح، ومبدأ تغير قيمة النقود، لصياغة نظرية للظروف الطارئة في الفقه الإسلامي متكاملة الأحكام.

الخاتمة

وتتضمن أهم نتائج البحث، ومنها:

- إنَّ مصطلح المعاوضة يراد به المبادلة التي تقوم على أساس تبادل العوضين بين المتعاقدين، سواء أكانا مالاً أم منفعة.
- إنَّ المعاوضة نوعان: معاوضة محضة، يقصد فيها المال من الجانبين، معاوضة غير محضة، ويقصد فيها المال من جانب واحد.
- إنَّ طرق انقضاء العقد في الفقه الإسلامي تأتي على نوعين:
الأول: الانقضاء الاختياري، وذلك من خلال الوسائل التالية:
 - ١- الفسخ.
 - ٢- الإقالة.
 - ٣- تنفيذ الالتزامات الواردة في العقد.
- الثاني: الانقضاء الاضطراري، وذلك من خلال الوسائل التالية:
 - ١- موت أحد العاقدين أو كليهما.
 - ٢- استحالة تنفيذ العقد.
 - ٣- تعذر تنفيذ العقد لعذر ما.

- إنَّ أهمية الأخذ بمبدأ العذر الطارئ في الفقه الإسلامي تبلور بالأمور

التالية:

- إعادة التوازن الاقتصادي والمالي بين المتعاقدين.
- رفع الضرر، وقطع أسبابه.
- رفع الحرج والعنت عن المتعاقدين.
- رفع النزاع، والخلاف بين المتعاقدين.
- التخفيف من الغلو في قوة العقد الملزمة، والمحافظة على مبدأ الرضائية فيه.
- منع الدائن من التعسف في استعمال حقه، من خلال تمسكه بالقوة الملزمة للعقد، في ظل الظرف الطارئ.
- بيان قدرة الفقه الإسلامي على إيجاد الوسائل الفعالة في مواجهة المشكلات التي تتعرض لها المعاملات.

- إنَّ مدلول العذر الطارئ في الفقه الإسلامي يرد على معنيين:

- ١- المعنى العام، وهو: الوصف الطارئ الذي يتعذر على المكلف معه المضي على موجب التكليف إلا بضرر زائد.
 - ٢- المعنى الخاص، وهو: العجز عن المضي على موجب العقد إلا بتحمل ضرر زائد لم يستحقه بالعقد.
- يلتقي مبدأ العذر الطارئ مع مبدأ الضرورة في المنشأ، وهو الضرر الزائد، والغاية التي شرع من أجلها كلّ منهما، وهي رفع الضرر، والحرج.
 - ويختلف عنه من حيث إن حالة الضرر لا تسقط الوصف الشرعي عن التكليف من الحرمة، أو الوجوب، وإنما ترفع وصف الإثم إلى حين انتهاء العذر الطارئ، أما هو فيستلزم رفع العقد من حين وقوع العذر الطارئ.

- إضافة إلى ذلك؛ فإن الاستمرار على موجب التكليف لا يمكن في حالة الضرورة كلياً، إلا بفوات أصل كلي، أما في حالة العذر الطارئ؛ فالاستمرار على موجب العقد ممكناً، ولكن مع تحمل ضرر زائد.
- يلتقي مبدأ العذر الطارئ مع مبدأ التعسف من حيث المنشأ، وهو الضرر الموجب لشرعيتهما، والغاية التي شرعاً من أجلها، وهي رفع الضرر وقطع أسبابه.
- ويختلفا من حيث السبب الموجب لكل منهما؛ ففي حالة التعسف قد تؤول الأفعال بحد ذاتها إلى نتائج ضرورية يختل معها التوازن بين المصلحة والمفسدة، وقد تتجه إرادة صاحب الحق إلى ممارسة حقه على نحو يلحق الضرر بالغير دون نفع يعود عليه، أو لنفع تافه، أو لمجرد العبث، وقصد الإضرار، وقد تتجه إرادته إلى ممارسة حقه على نحو يحقق من خلاله مصالح غير مشروعة، أما في حالة العذر الطارئ؛ فالسبب الموجب لحكمه هو تغير الظروف التي أبرم العقد في ظلها.
- يضاف إلى ما سبق، أن الأثر الجزائي للتعسف أوسع من الأثر الجزائي لمبدأ العذر الطارئ، إذ إن التعسف يقوم على أربعة أنواع من الجزاء: الجزاء العيني، والتعويضي، والتعزيري، والآخرى، وهي تنبسط على جميع أنواع الحقوق، والتصرفات، في حين يقتصر الجزاء في حالة العذر الطارئ على الفسخ أو الانفساخ، وهو ينبسط على الروابط التعاقدية دون غيرها.
- أما وجه التعسف في حالة العذر الطارئ؛ فيمكن تصويره من خلال التصرف القولي السليبي، وذلك من خلال امتناع الدائن، المستفيد من تغير ظروف العقد عن الأخذ بمبدأ العذر الطارئ، وهو الفسخ، وتمسكه بالقوة الملزمة للعقد.

- إنَّ حكم وضع الجائحة هو حطّ مقدار التالف عن المشتري، بحيث يكون من ضمان البائع.
- يلتقي العذر الطارئ مع الجائحة من حيث السبب، وهو الضرر الزائد اللاحق بالمدين، والغاية التي شرعا من أجلها، وهي رفع الضرر، وإعادة التوازن العقدي إلى الالتزام.
- ويختلفا من حيث محل العقد، إذ الجائحة تطرأ على محل العقد، وهو الثمار المبتاعة، أما العذر الطارئ؛ فيطرأ على محل العقد، وعلى أشخاص العقد.
- ومن حيث الأثر الجزائي؛ فالجزاء في الجائحة هو تحميل البائع تبعة القدر التالف، أما الجزاء في العذر الطارئ؛ فهو الفسخ أو الانفساخ بحسب حالاته.
- ومن حيث التوقع والدفع؛ فالجائحة أمر منفك عن الالتزام غير متوقع، وغير ممكن الدفع، وهذا بخلاف بعض تطبيقات العذر الطارئ، إذ بعضها ممكن التوقع والدفع.
- إنَّ العذر الطارئ يأتي على نوعين: العذر العام، والعذر الخاص، والأخير يأتي على أنواع بحسب اعتباراته المختلفة.
- إنَّ مجال تطبيق العذر الطارئ ينحصر في العقود اللازمة من الطرفين التي تقبل بطبيعتها الفسخ باتفاق أطراف العقد، وعقود المدة، سواء أكانت من العقود الزمنية المستمرة، أم من العقود الزمنية الدورية، والعقود المالية من الطرفين.
- وبذلك تخرج من هذا المجال: العقود الفورية، والعقود المالية من أحد الطرفين، والعقود الجائزة، والعقود التي تدخلها الخيارات، والعقود الموقوفة.

- إنَّ الفوات الكلي لمحل الالتزام يوجب انفساخ العقد بين المتعاقدين.
- إنَّ الفوات الجزئي لمحل العقد يثبت به خيار الفسخ للمدين على الرأي الراجح.
- إنَّ التعذر الشرعي يوجب انفساخ العقد بين المتعاقدين.
- إن عقد الإجارة، والمزارعة، والمساقاة، من العقود التي تقبل بطبيعتها أحكام العذر الطارئ مما يعني ذلك انسحاب جميع أحكامه عليها.
- إنَّ كلَّ عذر لا يمكن معه استيفاء منفعة المعقود عليه إلا بضرر زائد، غير مستحق في أصل العقد، يثبت به حق الفسخ.
- اتفق فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة مع فقهاء الحنفية في هذا القدر، إذ طرأ العذر على محل العقد (المعقود عليه).
- إنَّ التكييف الفقهي لعقد المقاولة يرد على حسب طبيعة المعاملة المتفق عليها بين المتعاقدين؛ فتارة يقع استصناعاً، وتارة أخرى إجارة على عمل.
- ومن خلاله يمكن تصور مدى تطبيق مبدأ العذر الطارئ عليه.
- إنَّ التكييف الفقهي لعقد التوريد على الراجح، هو عقد من عقود المعاوضات التي تنتهي بتملك الثمن للبائع، والسلعة للمشتري، وهو من قبيل بيع العين الغائبة عن مجلس العقد على الصفة.
- ومن خلال أوصاف هذا العقد يمكن تصور مدى انطباق مبدأ العذر الطارئ عليه، وفق مفهوم الحنفية ومن وافقهم.
- إنَّ التعريف المختار لنظرية الظروف الطارئة الذي يتفق مع حقيقة، ومفهوم النظريات، هو: مجموعة القواعد والأحكام التي تعالج الآثار الضارة اللاحقة بأحد العاقدين الناتجة عن تغير الظروف التي تم بناء العقد في ظلها.

- اتفق القانونيون على أن مجال نظرية الظروف الطارئة عقود المدة، والعقود الملزمة للطرفين.

- واختلفوا في العقود الفورية مؤجلة التنفيذ، والعقود الاحتمالية، والعقود الملزمة لطرف واحد.

- تفاوت الأثر الجزائي للظروف الطارئة في التقنيات المدنية؛ فمنها ما أخذ بالتعديل في شروط العقد، دون فسخه، ومنها ما أخذ بالفسخ وحده، ومنها ما جمع بين الأمرين على حسب مقتضيات الحال.

- يتفق مبدأ العذر الطارئ مع نظرية الظروف الطارئة من حيث المنشأ، وهو الضرر الزائد اللاحق بأحد المتعاقدين، والغاية التي شرعا من أجلها، وهي رفع الضرر، والإرهاق عن المدين.

- ويختلفا من حيث محل الظرف الطارئ؛ ففي مبدأ العذر الطارئ يقع على محل الالتزام، وعلى أشخاص العقد، في حين تقتصر نظرية الظروف الطارئة على الظرف الواقع على محل الالتزام، وهو اختلال التوازن الاقتصادي للعقد.

أما من حيث الأثر الجزائي؛ فالجزء في نظرية الظروف الطارئة أوسع من الجزء في مبدأ العذر الطارئ؛ فهو في بعض التقنيات يختص بفسخ العقد دون غيره، كما هو الحال في مبدأ العذر الطارئ، وفي بعضها الآخر يجمع بين التعديل والفسخ.

أما من حيث الشروط الموجبة لتطبيق أحكام كل منهما؛ فاتفقا على كون الالتزام الذي تسري عليه أحكام كل منهما ناشئاً عن عقد.

واختلفا في طبيعة الالتزام الذي تسري عليه تلك الأحكام؛ فمبدأ العذر الطارئ لا يسري على العقود الملزمة لطرف واحد، أو العقود الفورية مؤجلة التنفيذ، وهذا بخلاف القانون.

أما من حيث إمكانية توقع الظرف الطارئ، ودفعه؛ فنظرية الظروف الطارئة تشترط في الحادث الاستثنائي أن يكون غير متوقع، ويمكن الدفع، على حين يُرى أنَّ العذر الطارئ يرد متوقعاً، ويمكن الدفع في بعض تطبيقاته.

أما من حيث شرط العموم؛ فمبدأ العذر الطارئ يستوي فيه أن يكون الظرف الطارئ عاماً أو خاصاً، على خلاف القانون الذي يشترط في الحادث الاستثنائي شرط العموم.

- إن مبدأ العذر الطارئ بحلولة، وأحكامه يشكل إحدى الأسس التي يمكن الاستناد إليها في تشكيل نظرية للظروف الطارئة في الفقه الإسلامي متكاملة الأحكام والحلول.

والله ولي التوفيق

رفع
عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

قائمة المراجع

- ١- القرآن الكريم .
- ٢- الآبي ، صالح عبد السميع ، جواهر الإكليل شرح مختصر العلامة الشيخ خليل في مذهب الإمام مالك ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت ، لبنان .
- ٣- الأمدي ، علي بن أبي علي بن محمد ، الإحكام في أصول الأحكام ، إشراف مكتب البحوث والدراسات في دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت - لبنان ، الطبعة الأولى (١٤١٨هـ - ١٩٩٧) .
- ٤- ابن الأثير ، مجد الدين أبو السعادات المبارك بن محمد ، النهاية في غريب الحديث والأثر ، خرج أحاديثه وعلق عليه أبو عبد الرحمن صلاح بن محمد بن عويضة ، منشورات محمد بيضون ، دار الكتب العلمية ، بيروت - لبنان ، الطبعة الأولى (١٤١٨هـ - ١٩٩٧ م) .
- ٥- الأصفهاني ، أبو القاسم الحسن بن محمد ، المفردات في غريب القرآن ، تحقيق محمد خليل عتياني ، دار المعرفة ، بيروت - لبنان ، الطبعة الأولى (١٤١٨هـ - ١٩٩٨) .
- ٦- الألباني ، محمد ناصر الدين ، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل ، إشراف زهير الشاويش ، المكتب الإسلامي ، بيروت - لبنان ، الطبعة الثانية (١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥) .
- ٧- الألويسي ، شهاب الدين السيد محمود ، روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني ، تحقيق محمد أحمد الأمد ، وعمر عبد السلام السلامي ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت - لبنان ، الطبعة الأولى ، (١٤٢٠ هـ - ١٩٩٩) .
- ٨- أمير باد شاه ، محمد أمين ، تيسير التحرير ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت - لبنان .
- ٩- ابن أنس ، مالك ، المدون الكبرى ، تحقيق حمدي الدمرداش محمد ، الناشر المكتبة العصرية - بيروت ، الطبعة الأولى (١٤١٩ هـ - ١٩٩٨ م) .
- ١٠- أنس ، مالك ابن ، الموطأ ، ضبط وتوثيق وتخريج صدقي جميل العطار - دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت - لبنان ، الطبعة الثانية (١٤٢٠ هـ - ١٩٩٩ م) .
- ١١- الباجي ، سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب ، المتقى شرح موطأ مالك ، تحقيق محمد عبدالقادر أحمد عطا ، منشورات محمد علي بيضون ، دار الكتب العلمية ، بيروت - لبنان ، الطبعة الأولى (١٤٢٠ هـ - ١٩٩٩ م) .

- ١٢- الباحثين ، يعقوب عبد الوهاب ، رفع الحرج في الشريعة الإسلامية ، طبع بمساعدة اللجنة الوطنية للاحتفال بمطلع القرن الخامس عشر الهجري في الجمهورية العراقية .
- ١٣- البخاري محمد بن إسماعيل ، صحيح البخاري ، مراجعة وضبط وفهرسة الشيخ محمد علي القطب ، والشيخ هشام البخاري ، المكتبة العصرية ، بيروت - لبنان ، الطبعة الثالثة (١٤١٩هـ - ١٩٩٩م) .
- ١٤- بدران ، بدران أبو العنين ، الشريعة الإسلامية (تاريخها ، ونظرية الملكية والعقود) ، توزيع مؤسسة شباب الجامعة - الإسكندرية (١٩٨٦ م) .
- ١٥- البدرائي ، عبد المنعم ، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري ، الناشر مكتبة سيد عبد الله وهبة ، القاهرة ، سنة ١٩٧٥ م .
- ١٦- البورنو ، محمد صدقي بن أحد ، موسوعة القواعد الفقهية ، دار ابن حزم للنشر والتوزيع ، بيروت - لبنان ، الطبعة الثانية (١٤٢١ هـ - ٢٠٠٠ م) .
- ١٧- أبو البصل ، علي عبد الأحمد ، عقد المقاوله والتوريد في الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني ، رسالة دكتوراه - الجامعة الأردنية ، تشرين ثاني ، ١٩٩٥ م .
- ١٨- البغدادي ، أبو بكر أحمد بن علي الخطيب ، تاريخ بغداد أو مدينة السلام ، الناشر دار الكتاب العربي ، بيروت - لبنان .
- ١٩- بك ، أحمد إبراهيم ، الالتزامات في الشرع الإسلامي ، دار الأنصار - مصر .
- ٢٠- البكري ، أبو بكر ابن السيد محمد شطا الدمياطي ، حاشية إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين لشرح قرة العين بمهمات الدين ، لزين الدين بن عبد العزيز المليباري ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت - لبنان .
- ٢١- بكير ، نجيب محمد ، بحث بعنوان : " أثر الاستحالة النسبية على تنفيذ الالتزام " منشور في مجلة الحمامة ، تصدر عن نقابة المحامين - مصر - العددان الأول والثاني ، السنة السادسة والستون ، (١٩٨٦ م) .
- ٢٢- البهوتي ، منصور بن يونس ، شرح منتهى الإرادات ، المسمى دقائق أولي النهى لشرح المنتهى ، عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت - لبنان ، الطبعة الثانية (١٤١٦ هـ - ١٩٩٦ م) .
- ٢٣- البهوتي ، منصور بن يونس ، الروض المربع شرح زاد المستنقع مختصر المقنع في فقه الإمام أحمد بن حنبل ، دارالفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت - لبنان ، الطبعة السادسة .
- ٢٤- البهوتي ، منصور بن يونس ، كشاف القناع عن متن الإقناع ، راجعه وعلق عليه هلال مصيلحي مصطفى هلال ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت - لبنان ، طبع سنة (١٤٠٢ هـ - ١٩٨٢ م) .

- ٢٥- البهوتي ، منصور بن يونس ، إرشاد أولي التهي لدقائق المتهي (حاشية على متهي الإرادات، دراسة وتحقيق عبد الملك بن عبد الله بن دهيش ، دار خضر للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت - لبنان ، الطبعة الأولى (١٤٢١ هـ - ٢٠٠٠ م) .
- ٢٦- البيهقي ، أحمد بن الحسين بن علي ، السنن الكبرى ، تحقيق محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية ، بيروت - لبنان ، الطبعة الأولى (١٤١٤ هـ - ١٩٩٤ م) .
- ٢٧- البيومي ، أحمد خلف ، بحث بعنوان : 'ضوابط التعسف في استعمال الحق في القانون المصري والشرعية الإسلامية' ، منشور في مجلة المحاماة ، تصدرها نقابة المحامين ، جمهورية مصر العربية، السنة الثامنة والستون ، العددان الثالث والرابع ، (١٩٨٨ م) .
- ٢٨- التاودي ، أبو عبد الله محمد ، حلى المعاصم لفكر ابن عاصم ، وهو شرح أرجوزة تحفة الحكام ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت - لبنان ، الطبعة الأولى (١٤١٨ هـ - ١٩٩٨ م) .
- ٢٩- التركماني ، عدنان خالد ، ضوابط العقد في الفقه الإسلامي ، دار الشروق للنشر والتوزيع والطباعة ، السعودية ، الطبعة الأولى ، (١٤٠١ هـ - ١٩٨١ م) .
- ٣٠- الترماني ، عبد السلام ، نظرية الظروف الطارئة (دراسة تاريخية - ومقارنة للنظرية في الشريعة الإسلامية والشرائع الأوروبية وتطبيقات النظرية في تقنيات البلاد العربية) ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت - لبنان .
- ٣١- الترمذي ، محمد بن عيسى بن سورة ، سنن الترمذي ، مراجعة وضبط وتصحيح صدقي محمد جميل العطار، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت - لبنان ، طبع سنة (١٤١٤ هـ - ١٩٩٤ م) .
- ٣٢- التسولي ، علي بن عبد السلام ، البهجة في شرح التحفة على الأرجوزة المسماة بتحفة الحكام لابن عاصم الأندلسي ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت - لبنان ، الطبعة الأولى (١٤١٨ هـ - ١٩٩٨ م) .
- ٣٣- تقي الدين الحصني، أبو بكر بن محمد بن عبد المؤمن ، كتاب القواعد، تحقيق عبد الرحمن بن عبد الله الشعلان، مكتبة الرشد، الرياض - السعودية ، الطبعة الأولى (١٤١٨ هـ - ١٩٩٧ م) .
- ٣٤- التنبكتي ، أحمد بابا ، كفاية المحتاج لمعرفة من ليس في الدياج في تراجم المالكية ، تحقيق أبو يحيى عبد الله الكندري ، دار ابن حزم ، بيروت ، الطبعة الأولى (١٤٢٢ هـ - ٢٠٠٢ م) .
- ٣٥- التنوخي ، زين الدين المنجي ، الممتع في شرح المقنع ، دراسة وتحقيق عبد الملك بن عبد الله ابن دهيش ، دار خضر ، بيروت - لبنان ، الطبعة الأولى (١٤١٨ هـ - ١٩٩٧ م) .
- ٣٦- التهانوي ، أحمد العثماني ، إعلاء السنن ، من منشورات إدارة القرآن والعلوم الإسلامية - باكستان .

- ٣٧- ابن تيميه ، أبو العباس تقي الدين أحمد بن عبد الحلیم ، القواعد النورانية الفقهية، تحقيق محمد حامد الفقي ، مطبعة السنة المحمدية - القاهرة ، الطبعة الأولى (١٣٧٠ هـ - ١٩٥١ م) .
- ٣٨- ابن تيميه ، أبو العباس تقي الدين أحمد بن عبد الحلیم ، مجموعة فتاوى شيخ الإسلام ، جمع وترتيب عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي النجدي الحنبلي ، وبمساعدة ابنه ، مكتبة المعارف - الرباط .
- ٣٩- ابن تيميه ، محمد بن أبي القاسم ، بلغة الساغب ، وبغية الراغب ، تحقيق بكر بن عبد الله أبو زيد، دار العاصمة للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض - السعودية، الطبعة الأولى (١٤١٧ هـ - ١٩٩٧ م) .
- ٤٠- الثلب ، يوسف ، بحث بعنوان : " الظروف الطارئة وأثرها على الالتزام العقدي في الفقه الإسلامي " ، منشور في مجلة كلية الدعوة الإسلامية ، تصدر عن كلية الدعوة الإسلامية ، طرابلس - ليبيا ، العدد الثامن (١٤٠١ هـ - ١٩٩١ م) .
- ٤١- الثنيان ، سليمان بن إبراهيم ، الحوائج وأحكامها ، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض ، الطبعة الأولى (١٤١٣ هـ ت ١٩٩٢ م) .
- ٤٢- الجرجاني ، علي بن محمد بن علي ، التعريفات ، حققه إبراهيم الأبياري ، الناشر دار الكتاب العربي، بيروت - لبنان ، الطبعة الأولى (١٤١٣ هـ ت ١٩٩٢ م) .
- ٤٣- ابن جزى ، محمد بن أحمد ، القوانين الفقهية ، دار الكتب العلمية ، بيروت - لبنان .
- ٤٤- الجصاص ، أحمد بن علي ، أحكام القرآن ، ضبط نصّه وخرّج آياته عبد السلام محمد علي شاهين ، دار الكتب العلمية ، بيروت - لبنان ، الطبعة الأولى (١٤١٥ هـ - ١٩٩٤ م) .
- ٤٥- الجمعة، علي بن محمد ، معجم المصطلحات الاقتصادية والإسلامية، الناشر مكتبة العبيكان - الرياض ، الطبعة الأولى (١٤١٢ هـ ت ٢٠٠٠ م) .
- ٤٦- جميلة ، بولحية ، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري ، رسالة ماجستير في معهد الحقوق والعلوم الإدارية ، جامعة الجزائر ، سنة (١٩٨٣ م) .
- ٤٧- ابن الحاجب، جمال الدين بن عمر، جامع الأمهات، حققه وعلق عليه أبو عبد الرحمن الأخضرى، دار اليمامة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، الطبعة الأولى (١٤١٩ هـ - ١٩٩٨ م) .
- ٤٨- الحاكم ، الإمام الحافظ أبى عبد الله ، المستدرک على الصحيحين ، طبعة مزيدة بفهرس الأحاديث الشريفة ، يوسف عبد الرحمن المرعشي ، دار المعرفة ، بيروت - لبنان .
- ٤٩- حجازي ، عبد الحى ، النظرية العامة للالتزام ، مطبعة نهضة مصر ، القاهرة ، ١٩٥٤ م .
- ٥٠- حجازي ، عبد الحى ، عقد المدة أو العقد المستمر والدوري التنفيذ ، مطبعة جامعة فؤاد الأول ، مصر ١٩٥٠ م .
- ٥١- الحجاوي، شرف الدين موسى أبى النجا، الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، تصحيح وتعليق عبد اللطيف محمد موسى السبكي، دار المعرفة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان.

- ٥٢- ابن حجر ، أبو الفضل أحمد ، لسان الميزان ، دارالفكر للطباعة والنشر ، بيروت - لبنان .
- ٥٣- ابن حجر ، أحمد بن علي ، فتح الباري بشرح صحيح الإمام أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري ، دار الريان للتراث ، القاهرة ، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي ومحب الدين الخطيب ، راجعه قصي محب الدين الخطيب ، الطبعة الأولى (١٤٠٥ هـ - ١٩٨٦ م) .
- ٥٤- ابن حجر ، أحمد بن علي ، تقريب التهذيب ، حققه وعلق على حواشيه وقدم له عبد الوهاب عبد اللطيف ، ملتزم بنشره محمد سلطان النمكاني ، دار المعرفة للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت - لبنان ، الطبعة الثانية (١٣٩٥ هـ - ١٩٧٥ م) .
- ٥٥- ابن حجر ، أحمد بن علي ، تهذيب التهذيب ، حققه وعلق عليه مصطفى عبد القادر عطا ، دار الكتب العلمية ، بيروت - لبنان ، الطبعة الأولى (١٤١٥ هـ - ١٩٩٤ م) .
- ٥٦- حزبون ، جورج ، بحث بعنوان : "نظرية الحوادث الاستثنائية في عقود المقاولات النموذجية الوطنية والخاصة الدولية : دراسة مقارنة" منشور في مجلة دراسات (العلوم الإنسانية) تصدر عن عمادة البحث العلمي - الجامعة الأردنية ، المجلد (٢) ، العدد (١) ، تموز ١٩٩٨ ، ربيع الأول ١٤١٩ هـ .
- ٥٧- ابن حزم ، علي بن أحمد بن سعيد ، المحلى ، تحقيق لجنة إحياء التراث العربي ، دار الجيل ، بيروت .
- ٥٨- حسين ، أحمد فرج ، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية ، الناشر مؤسسة الثقافة الجامعية ، الإسكندرية ، الطبعة الأولى .
- ٥٩- الحصكفي ، محمد بن علي بن محمد ، الدر المنثور في شرح المتنبي ، بهامش مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأنهر ، تحقيق خليل عمران المنصور ، منشورات محمد علي بيضون ، دار الكتب العلمية ، بيروت - لبنان ، الطبعة الأولى (١٤١٩ هـ - ١٩٩٨ م) .
- ٦٠- الحصني ، الإمام تقي الدين أبي بكر بن محمد الحسين ، كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار ، تحقيق محمد بكر إسماعيل ، دار إحياء الكتب العربية ، فيصل عيسى البابي الحلبي ، القاهرة .
- ٦١- الخطاب ، محمد بن محمد بن عبد الرحمن ، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ، ضبطه وخرج آياته وأحاديثه زكريا عميرات ، دار الكتب العلمية ، بيروت - لبنان ، الطبعة الأولى (١٤١٦ هـ - ١٩٩٥ م) .
- ٦٢- حماد ، نزيه ، معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء ، المعهد العالمي لفكر الإسلامي ، نشر وتوزيع الدار العالمية للكتاب الإسلامي ، الرياض ، الطبعة الثالثة (١٤١٥ هـ - ١٩٩٥ م) .
- ٦٣- ابن حنبل ، أحمد ، مسند الإمام أحمد بن حنبل ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت - لبنان .
- ٦٤- أبو حيان ، محمد بن يوسف ، تفسير البحر المحيط ، دراسة وتحقيق وتعليق ، عادل أحمد عبدالموجود ، وعلي محمد معوض ، شارك في تحقيقه زكريا عبد المجيد وأحمد الجمل ، قرظه عبد الحي الفرماوي ، دار الكتب العلمية ، بيروت - لبنان ، الطبعة الأولى (١٤١٣ هـ - ١٩٩٣ م) .

- ٦٥- الخرشبي ، محمد بن عبد الله بن علي ، حاشية الخرشبي على مختصر سيدي خليل، تحقيق زكريا عميرات، منشورات محمد علي بيضون ، دار الكتب العلمية ، بيروت - لبنان ، الطبعة الأولى (١٤١٧ هـ - ١٩٩٧ م) .
- ٦٦- الخطابي ، أبو سليمان ، معالم السنن ، مع مختصر سنن أبي داود للحافظ المنذري ، تحقيق محمد حامد الفقي ، دار المعرفة ، بيروت - لبنان .
- ٦٧- الخفيف ، علي ، أحكام المعاملات الشرعية ، دار الفكر العربي ، للطباعة والنشر، مصر ، الطبعة الثانية .
- ٦٨- ابن خلكان ، أحمد بن محمد بن أبي بكر ، وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان ، تحقيق إحسان عباس ، دار الثقافة - بيروت - لبنان .
- ٦٩- أبو الخير ، علي ، الواضح في فقه الإمام أحمد ، دار الخير للطباعة والنشر والتوزيع ، دمشق ، الطبعة الثانية (١٤١٦ هـ - ١٩٩٦ م) .
- ٧٠- الدارقطني ، علي بن عمر ، سنن الدارقطني ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت - لبنان ، طبع سنة (١٤١٣ هـ - ١٩٩٣ م) .
- ٧١- داماد أفندي ، عبد الرحمن بن محمد بن سليمان ، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر ، خرج آياته وأحاديثه خليل عمران المنصور ، منشورات محمد علي بيضون ، دار الكتب العلمية ، بيروت - لبنان ، الطبعة الأولى (١٤١٩ هـ - ١٩٩٨ م) .
- ٧٢- أبو داود ، سليمان بن الأشعث ، سنن أبي داود ، دراسة وفهرسة كمال يوسف الحوت ، دارا لحنان لطباعة والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان ، الطبعة الأولى (١٤٠٩ هـ - ١٩٨٨ م) .
- ٧٣- الدردير ، أحمد ، الشرح الكبير ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت - لبنان .
- ٧٤- الدردير ، أحمد ، الشرح الصغير مع بلغة السالك لأقرب المسالك ، للششيخ أحمد الصاوي ، ضبطه وصححه محمد عبد السلام شاهين ، دارالكتب العلمية ، بيروت - لبنان ، الطبعة الأولى (١٤١٥ هـ ت ١٩٩٥ م) .
- ٧٥- الدريني ، فتحي ، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله ، مؤسسة الرسالة ، بيروت - لبنان ، الطبعة الأولى (١٤١٤ هـ - ١٩٩٤ م) .
- ٧٦- الدريني ، فتحي ، النظريات الفقهية ، جامعة دمشق ، الطبعة الثانية، (١٤١٠ هـ - ١٩٩٠ م)
- ٧٧- الدريني ، فتحي ، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ، الناشر مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان ، الطبعة الأولى (١٤١٧ هـ ت ١٩٩٧ م) .
- ٧٨- الدريني ، فتحي ، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي ، الناشر مؤسسة الرسالة ، بيروت - لبنان ، الطبعة الثانية (١٤١٩ هـ - ١٩٩٨ م) .
- ٧٩- الدوري ، محمد جابر ، مسؤولية المقاول والمهندس في مقاولات البناء والمنشآت الثابتة بعد إنجاز العمل وتسليمه .

- ٨٠- الذهبي، أبو عبد الله شمس الدين محمد، تذكرة الحفاظ، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان.
- ٨١- الرازي، محمد بن أبي بكر بن عبد القادر، مختار الصحاح، تحقيق عصام فارس الحارستاني، دار عمار، الأردن - عمان، الطبعة الأولى (١٤١٧ هـ - ١٩٩٦ م).
- ٨٢- الرافعي، عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم، العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير، تحقيق وتعليق علي محمد معوض، وعادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى (١٤١٧ هـ - ١٩٩٧ م).
- ٨٣- ابن رجب، أبو الفرج عبد الرحمن، القواعد في الفقه الإسلامي، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان.
- ٨٤- الرحيباني، مصطفى السيوطي، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، طبع على نفقة صاحب السمو الشيخ علي بن الشيخ عبد الله بن القاسم آل ثاني، منشورات المكتب الإسلامي، دمشق.
- ٨٥- ابن رشد، أبو الوليد محمد بن أحمد، المقدمات الممهدات لبيان ما اقتضته رسوم المدونة من الأحكام الشرعية والتحصيلات المحكمات الشرعية لأهم مسائلها المشكلات، طبع على نفقة محمد أفندي المغربي، بمطبعة، لصاحبها محمد إسماعيل، مصر.
- ٨٦- ابن رشد، محمد بن أحمد بن محمد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تحقيق وتعليق ودراسة علي محمد معوض، وعادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى (١٤١٦ هـ - ١٩٩٦ م).
- ٨٧- رضا، محمد رشيد، تفسير القرآن الحكيم، الشهير بتفسير المنار، مطبعة محمد علي صبيح وأولاده، الأزهر - مصر، الطبعة الثالثة (١٣٧٥ هـ).
- ٨٨- الرملي، محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج في الفقه على مذهب الإمام الشافعي، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان، الطبعة الأخيرة (١٤٠٤ هـ - ١٩٨٤ م).
- ٨٩- الزبيدي، محمد مرتضى الحسيني، تاج العروس من جواهر القاموس، تحقيق مصطفى حجازي، راجعه عبد الستار أحمد فراج، طبع سنة (١٣٩٣ هـ - ١٩٧٣ م) مطبعة الحكومة - الكويت.
- ٩٠- الزحيلي، وهبة، نظرية الضرورة الشرعية مقارنة مع القانون الوضعي، مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان، الطبعة الرابعة (١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥ م).
- ٩١- الزحيلي، وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، الطبعة الثالثة (١٤٠٩ هـ - ١٩٨٩ م).
- ٩٢- الزحيلي، وهبة، العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي والقانون المدني الأردني، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى (١٩٨٧ م).

- ٩٣- الزحيلي ، وهبة ، بحث بعنوان : " عقود جديدة = عقد المفاولة ، بيع الاسم التجاري والترخيص ، النازل عن المنفعة بمقابل (بدل الخلو) " منشور في مجلة الشريعة والقانون ، جامعة الإمارات العربية المتحدة ، كلية الشريعة والقانون ، العدد الثاني (١٤٠٨ هـ - ١٩٩٨ م) .
- ٩٤- الزرقاء، مصطفى أحمد ، المدخل الفقهي العام ، مطابع ألف باء الأديب ، دمشق (١٩٦٧ م - ١٩٦٨ م) .
- ٩٥- الزرقاء ، مصطفى أحمد ، صياغة قانونية لنظرية التعسف باستعمال الحق في قانون إسلامي مؤصلة على نصوص الشريعة الإسلامية وفقهاها ، دار البشير للنشر والتوزيع ، عمان - الأردن ، الطبعة الأولى (١٤٠٣ هـ - ١٩٨٣ م) .
- ٩٦- الزرقاء ، عبد الباقي ، شرح الزرقاني على مختصر سيدي خليل ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت - لبنان .
- ٩٧- الزركشي ، بدر الدين محمد بن بهادر ، المنشور في القواعد ، تحقيق محمد حسن إسماعيل ، منشورات محمد علي بيضون، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان ، الطبعة الأولى (١٤٢١ هـ - ٢٠٠٠ م) .
- ٩٨- الزركشي ، محمد بن عبد الله ، شرح الزركشي على مختصر الخرقي في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل ، تحقيق عبد الله بن عبد الرحمن الجبرين ، مكتبة العبيكان ، الرياض ، الطبعة الأولى (١٤١٣ هـ ت ١٩٩٣) .
- ٩٩- أبو زكريا ، محمد بن أحمد الأنصاري ، أسنى المطالب شرح روض الطالب ، تحقيق محمد محمد تامر ، منشورات محمد علي بيضون ، دار الكتب العلمية ، بيروت - لبنان ، الطبعة الأولى (١٤٢٢ هـ - ٢٠٠١ م) .
- ١٠٠- أبو زهرة ، محمد ، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية ، دار الفكر العربي، القاهرة .
- ١٠١- أبو زهرة ، محمد ، بحث بعنوان : " التعسف في استعمال الحق " ، مقدم إلى أسبوع الفقه الإسلامي ومهرجان الإمام ابن تيمية - المجلس الأعلى لرعاية الفنون والآداب والعلوم الاجتماعية ، دمشق (١٣٨٠ هـ - ١٩٦١ م) .
- ١٠٢- الزيلعي ، عبد الله بن يوسف ، نصب الراية لأحاديث الهداية ، دار الحديث ، القاهرة .
- ١٠٣- الزيلعي، عثمان بن علي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، تحقيق أحمد عزو عناية، منشورات محمد علي بيضون، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى (١٤٢٠ هـ - ٢٠٠٠ م) .
- ١٠٤- الزيني ، محمود محمد عبد العزيز ، الضرورة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي (تطبيقاتها - أحكامها - آثارها) دراسة مقارنة ، مؤسسة الثقافة الجامعية، مصر (١٩٩٣ م) .
- ١٠٥- السامري ، محمد بن عبد الله ، المستوعب ، دراسة وتحقيق عبد الملك بن عبد اله بن دهيش ، الناشر دار خضر للطباعة والنشر ، بيروت - لبنان ، الطبعة الأولى (١٤٢٠ هـ - ١٩٩٩ م) .

- ١٠٦- سانو ، قطب مصطفى ، معجم مصطلحات أصول الفقه ، قدم له وراجعه محمد رواس قلعه جي ، دار الفكر المعاصر ، بيروت - لبنان ، الطبعة الأولى (١٤٢٠ هـ - ٢٠٠٠ م) .
- ١٠٧- السبكي ، عبد الوهاب بن علي ، طبقات الشافعية ، تحقيق محمد ، وعبد الفتاح محمد الحلو ، الطبعة الأولى (١٣٨٦ هـ - ١٩٦٧ م) طبع بمطبعة عيسى البابي الحلبي وشركاه .
- ١٠٨- أبو ستيت ، أحمد حشمت ، نظرية الالتزام في القانون المدني المصري ، الناشر مكتبة عبد الله وهبة ، مصر - القاهرة ، مطبعة مصر شركة مساهمة مصرية (١٩٤٥ م) .
- ١٠٩- سراج ، محمد ، نظرية العقد والتعسف في استعمال الحق من وجهة الفقه الإسلامي ، دار المطبوعات الجامعية - الإسكندرية .
- ١١٠- السرخسي ، محمد بن أحمد بن أبي سهل ، المبسوط ، تحقيق محمد حسن محمد حسن إسماعيل الشافعي ، قدم له كمال عبد العظيم العناني ، منشورات محمد علي بيضون ، دار الكتب العلمية ، بيروت - لبنان ، الطبعة الأولى (١٤١٨ هـ - ٢٠٠١ م) .
- ١١١- السرخسي ، محمد بن أحمد بن أبي سهل ، أصول السرخسي ، تحقيق رفيق العجم ، دارالمعرفة ، بيروت - لبنان ، الطبعة الأولى (١٤١٨ هـ - ١٩٩٧ م) .
- ١١٢- السريتي ، عبد الودود محمد ، النظريات العامة في الفقه الإسلامي ، الناشر المكتب العربي للطباعة - الإسكندرية (١٤٠٩ هـ - ١٩٨٩ م) .
- ١١٣- سلطان ، أنور ، النظرية العامة للالتزام ، دار المعارف ، مصر (١٩٦٥ م) .
- ١١٤- أبو سليمان ، عبد الوهاب إبراهيم ، بحث بعنوان : " عقد التوريد " ، مقدم إلى مؤتمر المستجدات الفقهية في معاملات البنوك الإسلامية في المركز الثقافي الإسلامي ، الجامعة الأردنية ، المنعقد في تاريخ (٧) ذو القعدة ١٤١٤ هـ - (١٨) نيسان ١٩٩٤ م .
- ١١٥- السمرقندي ، علاء الدين محمد ، تحفة الفقهاء ، تحقق محمد زكي عبد البر ، راجع متنه وقدم له علي الخفيف ، الطبعة الأولى (١٣٧٧ هـ - ١٩٥٨ م) ، مطبعة جامعة دمشق .
- ١١٦- السمرقندي ، محمد بن يوسف الحسيني ، الفقه النافع ، دراسة وتحقيق إبراهيم بن محمد بن إبراهيم ، مكتبة العبيكان ، الرياض - السعودية ، الطبعة الأولى (١٤٢١ هـ - ٢٠٠٠ م) .
- ١١٧- السمرقندي ، نصر بن محمد بن أحمد بن إبراهيم ، خزانة الفقه وعيون المسائل ، حققه وقدم له صلاح الدين الناهي ، شركة الطبع والنشر الأهلية ذ.م.م ، بغداد ، طبع سنة (١٣٨٥ هـ - ١٩٦٥ م) .
- ١١٨- أبو سنة ، أحمد فهمي ، بحث بعنوان : " نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي " مقدم إلى أسبوع الفقه الإسلامي ومهرجان الإمام ابن تيمية ، المجلس الأعلى لرعاية الفنون والآداب والعلوم الاجتماعية ، دمشق (١٣٨٠ هـ - ١٩٦١ م) .
- ١١٩- السنهوري ، عبد الرزاق أحمد ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، نظرية الالتزام بوجه عام ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت - لبنان .

- ١٢٠- السنهوري ، عبد الرزاق أحمد ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، المجمع العلمي العربي الإسلامي ، منشورات محمد الداية، بيروت - لبنان .
- ١٢١- السيوطي ، جلال الدين عبد الرحمن ، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية ، دار الكتب العلمية ، بيروت - لبنان ، الطبعة الأولى (١٤١٣ هـ - ١٩٩٣ م) .
- ١٢٢- السيوطي ، جلال الدين عبد الرحمن ، طبقات الحفاظ ، تحقيق علي محمد عمر ، الناشر مكتبة وهبة ، القاهرة ، الطبعة الثانية (١٤١٥ هـ - ١٩٩٤ م) مطبعة أميره .
- ١٢٣- الشاطبي ، إبراهيم بن موسى بن محمد ، الموافقات ، تقديم بكر بن عبد الله أبو زيد ، ضبط نصه وقدم له وعلق عليه وخرج أحاديثه مشهور بن حسن آل سلمان ، دار عفان للنشر والتوزيع ، السعودية ، الطبعة الأولى (١٤١٧ هـ - ١٩٩٧ م) .
- ١٢٤- الشافعي ، محمد بن إدريس ، الأم ، أشرف على طبعه وبأشر تصحيحه محمد زهرى النجار ، دار المعرفة للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت - لبنان .
- ١٢٥- الشافعي، محمد بن إدريس ، أحكام القرآن، عرف الكتاب وكتب تقدمته محمد زاهد بن الحسن الكوثري، كتب هوامشه عبد الغني عبد الخالق، عنى بنشره، وتصحيحه ووقف على طبعه عزت العطار الحسيني، الطبعة الأولى (١٣٧١ هـ) .
- ١٢٦- الشريبي ، محمد بن محمد الخطيب ، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ، دراسة وتحقيق وتعليق علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود ، قدم له وقرّظه محمد بكر إسماعيل ، دار الكتب العلمية ، بيروت - لبنان ، الطبعة الأولى (١٤١٥ هـ ت ١٩٩٤ م) .
- ١٢٧- الشرقاوي ، جميل ، النظرية العامة للالتزام ، الناشر دار النهضة العربية ، القاهرة (١٩٩١م) .
- ١٢٨- الشرقاوي ، عبد الله بن حجازي بن إبراهيم ، حاشية الشرقاوي على تحفة الطلاب بشرح تحرير تنقيح اللباب - لشيخ الإسلام أبي زكريا الأنصاري، منشورات محمد علي بيضون ، دار الكتب العلمية ، بيروت - لبنان ، الطبعة الأولى (١٤١٨ هـ - ١٩٩٧ م) .
- ١٢٩- الشريف ، شرف بن علي ، الإجارة الواردة على عمل الإنسان ، دار الشروق للنشر والتوزيع والطباعة ، جدة - السعودية ، الطبعة الأولى (١٤٠٠ هـ - ١٩٨٠ م) .
- ١٣٠- الشلي ، شهاب الدين أحمد ، حاشية الشلي ، مع تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، تحقيق أحمد عزّو عناية ، منشورات محمد علي بيضون ، دار الكتب العلمية ، بيروت - لبنان ، الطبعة الأولى (١٤٢٠ هـ - ٢٠٠٠ م) .
- ١٣١- شلي ، محمد مصطفى ، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه ، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت - لبنان (١٣٨٨ هـ - ١٩٦٩ م) .
- ١٣٢- شلتوت ، محمود عبد المقصود ، بحث بعنوان : "نظرية التعسف في استعمال الحق" مقدم إلى أسبوع الفقه الإسلامي ومهرجان الإمام ابن تيمية، المجلس الأعلى لرعاية الفنون والآداب والعلوم الاجتماعية، دمشق (١٣٨٠ هـ - ١٩٦١ م) .

- ١٣٣- شنب، محمد ليبب ، شرح أحكام عقد المقاوله ، دار النهضة العربية ، القاهرة (١٩٦٢ م) .
- ١٣٤- الشنقيطي ، محمد الأمين بن المختار ، مذكرة أصول الفقه على روضة الناظر للعلامة ابن قدامة ، دار القلم ، بيروت - لبنان .
- ١٣٥- الشنقيطي ، محمد الشيباني بن محمد بن أحمد ، تبين المسالك شرح تدريب المسالك إلى أقرب المسالك للعلامة الشيخ عبد العزيز حمد آل مبارك الإحسائي، دار الغرب الإسلامي، بيروت - لبنان الطبعة الثانية (١٩٩٥ م) .
- ١٣٦- شواط ، الحسين ، وحيش ، عبد الحق ، فقه العقود المالية ، دار البيارق للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت - لبنان ، الطبعة الأولى (١٤٢١ هـ - ٢٠٠١ م) .
- ١٣٧- الشوكاني ، محمد بن علي بن محمد ، فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية من علم التفسير ، ضبطه وصححه أحمد عبد السلام ، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان ، الطبعة الأولى (١٤١٥ هـ - ١٩٩٤ م) .
- ١٣٨- الشوكاني ، محمد بن علي بن محمد ، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيّد الأخيار ، إشراف صدقي محمد جميل العطار ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت - لبنان ، طبع سنة (١٤١٤ هـ - ١٩٩٤ م) .
- ١٣٩- الشوكاني ، محمد بن علي بن محمد ، إرشاد الفحول إلى تحقيق علم الأصول ، تحقيق أبو مصعب محمد سعيد البدري ، مؤسسة الكتب الثقافية ، بيروت - لبنان ، الطبعة الرابعة (١٤١٤ هـ - ١٩٩٣ م) .
- ١٤٠- الشيرازي ، إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروزآبادي ، المهذب في فقه الإمام الشافعي ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت - لبنان .
- ١٤١- الشيرازي ، أبو إسحاق ، طبقات الفقهاء ، تصحيح ومراجعة خليل الميس ، دار القلم ، بيروت - لبنان .
- ١٤٢- الصاوي ، أحمد ، بلغة السالك لأقرب المسالك على الشرح الصغير ، ضبطه وصححه محمد عبد السلام شاهين ، دار الكتب العلمية ، بيروت - لبنان ، الطبعة الأولى (١٤١٥ هـ - ١٩٩٥ م) .
- ١٤٣- صدر الشريعة ، عبد الله بن مسعود ، التوضيح لمتن التنقيح في أصول الفقه ، مع شرح التلويح على التوضيح للإمام سعد الدين مسعود بن عمر الفتازاني ، ضبطه وخرج آياته وأحاديثه زكريا عميرات ، دار الكتب العلمية ، بيروت - لبنان ، الطبعة الأولى (١٤١٦ هـ - ١٩٩٦ م) .
- ١٤٤- الصنعاني ، عبد الرزاق بن همام بن نافع ، المصنف ، تحقيق أيمن نصر الدين الأزهري ، منشورات محمد علي بيضون، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى (١٤٢١ هـ - ٢٠٠٠ م) .

- ١٤٥- الصوا ، علي محمد ، بحث بعنوان : " أثر تغير الظروف في المعاهدات في الفقه الإسلامي مقارناً بالقانون الدولي " منشور في مجلة دراسات (العلوم الإنسانية) تصدر عن عمادة البحث العلمي، الجامعة الأردنية، المجلد ٢٢ (أ)، العدد (٥) ، سنة ١٩٩٥ م .
- ١٤٦- أبو الضياء ، سيدي خليل ، مختصر العلامة الشيخ خليل في مذهب الإمام مالك مع جواهر الإكليل للشيخ صالح عبد السميع الآبي ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت - لبنان .
- ١٤٧- الطبراني ، سليمان بن أحمد بن أيوب ، المعجم الصغير ، صححه وراجع أصوله عبد الرحمن محمد عثمان ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت - لبنان، الطبعة الثانية (١٤٠١ هـ ت ١٩٨١ م) .
- ١٤٨- الطحاوي ، أحمد بن محمد بن سلامة بن سلمة الأزدي ، مشكل الآثار ، الطبعة الأولى ، مطبعة مجلس دائرة المعارف النظامية الكائنة في الهند ، حيدر آباد ، الداكن سنة ١٣٣٣ هـ .
- ١٤٩- الطحاوي ، أحمد بن محمد بن سلامة ، شرح معاني الآثار ، تحقيق محمد زهري النجار ، دار الكتب العلمية ، بيروت - لبنان ، الطبعة الأولى (١٣٩٩ هـ - ١٩٧٩ م) .
- ١٥٠- الطحاوي ، أحمد بن محمد بن سلامة ، مختصر اختلاف العلماء ، دراسة وتحقيق عبد الله نذير أحمد ، دار البشائر الإسلامية للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت - لبنان ، الطبعة الأولى - ١٤١٦ هـ - ١٩٩٥ م) .
- ١٥١- طنطا، محمد السيد، التفسير الوسيط للقرآن الكريم، مطبعة السعادة (١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥ م) .
- ١٥٢- الطوري ، محمد بن حسين بن علي ، تكملة البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، ضبطه وخرج آياته وأحاديثه زكريا عميرات ، منشورات محمد علي بيضون ، دار الكتب العلمية ، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى (١٤١٨ هـ - ١٩٩٧ م) .
- ١٥٣- ابن عابدين ، محمد أمين بن عمر ، رد المختار على الدر المختار ، تحقيق محمد صبحي حسن حلاق ، وعامر حسين ، صححها مكتب التحقيق بدار إحياء التراث العربي ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت - لبنان ، الطبعة الأولى (١٤١٩ هـ - ١٩٩٨ م) .
- ١٥٤- ابن عاشور ، محمد الطاهر ، تفسير التحرير والتنوير ، الدار التونسية للنشر والتوزيع ، تونس (١٩٨٤ م) .
- ١٥٥- العالم ، عبد السلام محمد الشريف ، نظرية السياسة الشرعية ، الضوابط والتطبيقات ، منشورات جامعة قارونس ، بتغازي .
- ١٥٦- عامر ، حسين ، القوة الملزمة للعقد ، مطبعة مصر شركة مساهمة مصرية ، القاهرة ، الطبعة الأولى .
- ١٥٧- عامر ، حسين ، التعسف في استعمال الحقوق وإلغاء العقود ، دار عالم الكتب ، مصر ، الطبعة الأولى (١٣٧٩ هـ - ١٩٦٠ م) .

- ١٥٨- عبد البر ، محمد زكي ، بحث بعنوان : " لا ضرر ولا ضرار في الإسلام وإساءة استعمال الحق في الفقه الإسلامي " ، منشور في مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية ، السنة الخامسة والخمسون ، ١٩٨٦ م .
- ١٥٩- ابن عبد البر ، يوسف بن عبد الله بن محمد ، الكافي في فقه أهل المدينة المالكي ، دار الكتب العلمية ، بيروت - لبنان ، الطبعة الثانية (١٤١٣ هـ - ١٩٩٣ م) .
- ١٦٠- ابن عبد البر ، يوسف بن عبد الله بن محمد ، الاستذكار (الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار وعلماء الأقطار فيما تضمنه الموطأ من معاني الرأي والآثار وشرح ذلك كله بالإيجاز والاختصار) ، علق عليه ووضع حواشيه سالم محمد عطا ومحمد علي معوض ، منشورات محمد علي بيضون ، دار الكتب العلمية ، بيروت - لبنان ، الطبعة الأولى (١٤٢١ هـ - ٢٠٠٠ م) .
- ١٦١- ابن عبد البر ، يوسف بن عبد الله ، التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد ، تحقيق مصطفى بن أحمد العلوي ومحمد عبد الكبير البكري (١٣٨٧ هـ - ١٩٦٧ م) .
- ١٦٢- عبد الجواد ، محمد ، بحث بعنوان : " الغبن اللاحق والظروف الطارئة في القانون الفرنسي والمصري " ، منشور في مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية ، العدد الثاني ، السنة (٣٣) ، ١٩٦٣ م .
- ١٦٣- عبد الجواد ، محمد ، بحث بعنوان : " شرط الإرهاق في تطبيق نظرية الظروف الطارئة " ، منشور في مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية - تصدرها كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، العدد الرابع ، السنة الثالثة والثلاثون (١٩٦٣ م) .
- ١٦٤- عبد الرحمن ، حدي ، الوسيط في النظرية العامة للالتزامات ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، الطبعة الأولى (١٩٩٩ م) .
- ١٦٥- عبد الرزاق ، أحمد بلال ، " فسخ عقد الإيجار أو تخفيض الأجرة للعدر أو الحوادث الطارئة في الفقه الإسلامي " ، منشور في مجلة الهداية ، تصدرها وزارة العدل والشؤون الإسلامية ، دولة البحرين ، العدد التاسع والعشرون بعد المائة ، السنة الحادية عشرة (١٩٨٨ م - ١٤٠٨ هـ) .
- ١٦٦- ابن عبد السلام ، الإمام أبي محمد عز الدين عبد العزيز ، قواعد الأحكام في مصالح الأنعام ، دار المعرفة ، بيروت - لبنان .
- ١٦٧- عبد المنعم ، محمود عبد الرحمن ، معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية ، دار الفضيلة للطباعة والنشر والتوزيع ، القاهرة .
- ١٦٨- ابن العربي ، محمد بن عبد الله ، أحكام القرآن ، تحقيق عبد الرزاق المهدي ، الناشر دار الكتاب العربي ، بيروت - لبنان ، الطبعة الأولى (١٤٢١ هـ - ٢٠٠٠ م) .
- ١٦٩- ابن عرفة ، شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت - لبنان .

- ١٧٠- ابن عرفة ، محمد ، شرح حدود ابن عرفة ، تحقيق محمد أبو الأجنان ، والطاهر المعموري ، دار الغرب ، بيروت - لبنان ، الطبعة الأولى (١٩٩٣) .
- ١٧١- العطار ، عبد الناصر توفيق ، نظرية الالتزام في الشريعة الإسلامية والقانون المدني ، دار النهضة العربية ، القاهرة (١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨ م) .
- ١٧٢- العلفي ، عبد الله محمد ، أحكام الخيارات في الشريعة الإسلامية والقانون المدني ، دار النهضة العربية ، القاهرة (١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨ م) .
- ١٧٣- علوبة ، عادل ، نظرية الحوادث الطارئة ، بحث مقدم للمؤتمر الخامس للمحاميين العرب .
- ١٧٤- عlish ، محمد أحمد ، تقارير عlish ، بهامش حاشية الدسوقي ، دارالفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت - لبنان .
- ١٧٥- عياض ، أبو الفضل عياض بن موسى ، ترتيب المدارك وتقريب المسالك لمعرفة أعلام مذهب مالك ، تحقيق أحمد بكير محمود ، منشورات دار مكتبة الحياة ، بيروت - لبنان ، طبعة (١٣٨٧ هـ - ١٩٦٧ م) .
- ١٧٦- عيسوى ، عيسوى أحمد ، حث بعنوان ، : " نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي " ، منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، تصدرها كلية الحقوق بجامعة عين شمس ، السنة الخامسة ، العدد الأول (١٩٦٣ م) .
- ١٧٧- العيني ، محمود بن أحمد بن موسى ، البناية شرح الهداية ، تحقيق أيمن صالح شعبان ، منشورات محمد علي بيضون ، دار الكتب العلمية ، بيروت - لبنان ، الطبعة الأولى (١٤٢٠ هـ - ٢٠٠٠ م) .
- ١٧٨- الغزالي ، محمد بن محمد ، الوسيط في المذهب ، حققه وعلّق عليه أحمد محمود إبراهيم ، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة ، بيروت ، الطبعة الأولى (١٤١٧ هـ - ١٩٩٧ م) .
- ١٧٩- ابن فارس ، أبو الحسين أحمد ، معجم مقاييس اللغة ، وضع حواشيه إبراهيم شمس الدين ، منشورات محمد علي بيضون ، دار الكتب العلمية ، بيروت - لبنان ، الطبعة الأولى (١٤٢٠ هـ - ١٩٩٩ م) .
- ١٨٠- الفراء ، جمال نادر زكي ، أثر الاضطراب في إباحة فعل المحرمات الشرعية ، رسالة ماجستير ، الجامعة الأردنية (١٤١٢ هـ - ١٩٩١ م) .
- ١٨١- ابن الفراء ، الحسين بن مسعود بن محمد ، التهذيب في فقه الإمام الشافعي ، تحقيق عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض ، منشورات محمد علي بيضون ، دار الكتب العلمية ، بيروت - لبنان ، الطبعة الأولى (١٤١٨ هـ - ١٩٩٧ م) .
- ١٨٢- فرج ، توفيق حسن ، دروس في النظرية العامة للالتزامات ، مؤسسة الثقافة الجامعية ، الإسكندرية .

- ١٨٣- الفزاري ، حسبو ، أثر الظروف الطارئة على الالتزام العقدي في القانون المقارن (دراسة تأصيلية وتحليلية لنظرية الظروف الطارئة في القانون المقارن وفي الشريعة الإسلامية) رسالة دكتوراه ، مطبعة الجيزة، الإسكندرية ، ١٩٧٩ م .
- ١٨٤- الفضلي ، جعفر ، الوجيز في العقود المدنية (البيع ، الإيجارة ، المقاوله) ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الأردن ، الطبعة الأولى .
- ١٨٥- الفيروز آبادي ، محمد يعقوب ، القاموس المحيط ، تحقيق يوسف الشيخ محمد البقاعي ، إشراف مكتب البحوث والدراسات، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، طبعة سنة (١٤١٥هـ - ١٩٩٥ م) .
- ١٨٦- فيض الله ، محمد فوزي ، بحث بعنوان : "التعسف في استعمال الحق" ، منشور في مجلة أضواء الشريعة ، تصدرها كلية الشريعة ، الرياض ، العددان الخامس والسادس (١٣٩٤ هـ - ١١٣٩٥ هـ) .
- ١٨٧- الفيومي ، أحمد بن محمد بن علي ، المصباح المنير ، دارالفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت - لبنان .
- ١٨٨- أبو القاسم ، عبد الرحمن بن عمر ، الواضح في شرح مختصر الخرقى ، دراسة وتحقيق عبد الملك بن عبد الله بن دهيش ، دار خضر للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت - لبنان ، الطبعة الأولى (١٤٢١ هـ - ٢٠٠٠ م) .
- ١٨٩- قاضي زاده ، شمس الدين أحمد بن قودر ، نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار ، علق عليه وخرج آياته وأحاديثه عبد الرزاق غالب المهدي ، دار الكتب العلمية ، بيروت - لبنان ، الطبعة الأولى (١٤١٥ هـ - ١٩٩٥ م) .
- ١٩٠- ابن قدامة ، شيخ الإسلام موفق الدين عبد الله بن أحمد بن أحمد بن محمد ، المغني على مختصر الخرقى ، ضبطه وصححه عبد السلام محمد علي شاهين ، دار الكتب العلمية ، بيروت - لبنان ، الطبعة الأولى (١٤١٤ هـ - ١٩٩٤ م) .
- ١٩١- ابن قدامة ، شيخ الإسلام موفق الدين عبد الله بن أحمد بن أحمد بن محمد ، الكافي في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل ، حقق نصوصه وخرج أحاديثه إبراهيم بن أحمد عبد الحميد ، دار إحياء الكتب العربية ، فيصل عيسى البابي ، القاهرة .
- ١٩٢- ابن قدامة ، موفق الدين عبد الله بن أحمد ، روضة الناظر وجنة المناظر في أصول الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل ، راجعه وأعدّ فهرسه سيف الدين الكاتب، الناشر دار الكتاب العربي ، بيروت - لبنان ، الطبعة السادسة ١٤١٩ هـ - ١٩٩٩ م) .
- ١٩٣- القرافي ، أحمد بن إدريس ، الذخيرة ، تحقيق محمد بوخيزة ، دار الغرب الإسلامي ، بيروت - لبنان ، الطبعة الأولى ، ١٩٩٤ م .

- ١٩٤- القرافي ، أحمد بن إدريس ، الفروق ، دراسة وتحقيق مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية (محمد أحمد سراج ، وعلي جمعة) ، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع ، القاهرة ، الطبعة الأولى (١٤٢١ هـ - ٢٠٠١ م) .
- ١٩٥- القرطبي ، محمد بن أحمد ، الجامع لأحكام القرآن ، الناشر مؤسسة مناهل العرفان ، بيروت .
- ١٩٦- قره ، فتحة ، أحكام عقد المفاوضة ، الناشر منشأة المعارف ، الإسكندرية .
- ١٩٧- القره داغي ، علي محيي الدين علي ، مبدأ الرضا في العقود (دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني (الروماني والفرنسي والإنجليزي والمصري والعراقي) ، دار البشائر الإسلامية للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت - لبنان ، الطبعة الأولى (١٤٠٦ هـ - ١٩٨٥ م) .
- ١٩٨- قطناني ، محمد مهدي أحمد ، العدل في الشريعة الإسلامية وتطبيقاته في الفقه الإسلامي ، رسالة دكتوراه ، الجامعة الأردنية ، آذار ، ١٩٩٦ م .
- ١٩٩- قلعه جي ، محمد رواس ، المعاملات المالية المعاصرة في ضوء الفقه والشريعة دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت - لبنان ، الطبعة الأولى (١٤٢٠ هـ - ١٩٩٩ م) .
- ٢٠٠- قلعه جي ، محمد رواس ، قنبي ، حامد صادق ، معجم لغة الفقهاء ، دار النفائس ، بيروت - لبنان ، الطبعة الأولى (١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥ م) .
- ٢٠١- قلعه جي ، محمد رواس ، الموسوعة الفقهية الميسرة ، دار النفائس ، بيروت - لبنان ، الطبعة الأولى (١٤٢١ هـ - ٢٠٠٠ م) .
- ٢٠٢- قليوبي ، أحمد بن سلامه ، وعميرة ، أحمد البرلسي ، حاشية قليوبي وعميرة على شرح جلال الدين محمد بن أحمد المحلي على منهاج الطالبين للإمام أبي زكريا يحيى بن شرف النووي ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت - لبنان ، الطبعة الرابعة .
- ٢٠٣- القيرواني ، عبد الله بن عبد الرحمن أبي زيد ، النوادر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات ، تحقيق محمد عبد العزيز الدباغ ، دار الغرب الإسلامي ، بيروت - لبنان ، الطبعة الأولى (١٩٩٩ م) .
- ٢٠٤- ابن القيم الجوزية ، أبو عبد الله محمد بن أبي بكر ، إعلام الموقعين عن رب العالمين ، تحقيق وتعليق عصام الدين الصباطي ، دار الحديث للطباعة والنشر والتوزيع ، القاهرة ، الطبعة الأولى (١٤١٤ هـ - ١٩٩٣ م) .
- ٢٠٥- ابن القيم الجوزية ، محمد بن أبي بكر ، زاد الميعاد في هدي خير العباد ، راجعه وقدم له طه عبد الرؤوف طه ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت - لبنان .
- ٢٠٦- الكاساني ، علاء الدين أبي بكر بن مسعود ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، تحقيق محمد عدنان درويش ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت - لبنان ، الطبعة الثانية (١٤١٩ هـ - ١٩٩٨ م) .

- ٢٠٧- الكشناوي ، أبو بكر بن حسن ، أسهل المدارك لشرح إرشاد السالك في فقه إمام الأئمة مالك ، شركة عيسى البابي وشركاه ، مصر ، الطبعة الثانية .
- ٢٠٨- الكفوي ، أيوب موسى الحسيني ، الكلبيات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية، تحقيق عدنان درويش ومحمد المصري، مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى (١٤١٢ هـ - ١٩٩٢ م) .
- ٢٠٩- الكوهجي ، عبد الله حسن الحسن ، زاد المحتاج بشرح المنهاج ، حققه وراجعه عبد الله بن إبراهيم الأنصاري ، منشورات المكتبة العصرية ، بيروت - لبنان .
- ٢١٠- ابن ماجه ، محمد بن يزيد ، سنن ابن ماجه ، تحقيق صدقي جميل العطار ، دار الفكر للطباعة والنشر ، بيروت - لبنان ، طبع سنة (١٤١٥ هـ - ١٩٩٥ م) .
- ٢١١- الماوردي ، علي بن محمد بن حبيب ، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، وهو شرح مختصر المزني ، تحقيق علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، قدم له وقرظه محمد بكر إسماعيل وعبد الفتاح أبو سنة ، دار الكتب العلمية ، بيروت - لبنان ، الطبعة الأولى (١٤١٤ هـ ت ١٩٩٤ م) .
- ٢١٢- مجمع الفقه المنعقد في دورة مؤتمره السابع ، جده ، المملكة العربية السعودية ، (١٤١٤ هـ - ١٩٩٢ م) .
- ٢١٣- مجمع اللغة العربية ، المعجم الوسيط ، قام بإخراجه : إبراهيم مصطفى ، أحمد حسن الزيات ، حامد علي القادر ، وأشرف على طبعه : عبد السلام هارون ، المكتبة العلمية ، طهران .
- ٢١٤- مجموعة من العلماء ، الموسوعة الفقهية، إصدار وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، الطبعة الأولى (١٤١٤ هـ - ١٩٩٤ م) مطابع دار الصفوة للطباعة والنشر والتوزيع ج ٢٠ ع ٠ .
- ٢١٥- محمضاني ، صبحي ، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية ، بحث مقارن في المذاهب المختلفة والقوانين الحديثة ، دار العلم للملايين ، بيروت - لبنان ، الطبعة الثانية (١٩٧٢ م) .
- ٢١٦- مخلوف ، محمد بن محمد ، شجرة النور الزكية في طبقات المالكية ، الناشر دار الكتاب العربي، بيروت - لبنان ، صيغة جديدة بالأوفست عن الطبعة الأولى (١٣٤٩ هـ) المطبعة السلفية .
- ٢١٧- مدحت ، أحمد ، نظرية الظروف الاستثنائية (دراسة مقارنة في فرنسا ومصر)، الهيئة المصرية العامة للكتاب (١٩٨٧ م) .
- ٢١٨- المرداوي ، علي بن سليمان بن أحمد ، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل ، تحقيق محمد حسن محمد حسن إسماعيل ، منشورات محمد علي بيضون ، دار الكتب العلمية ، بيروت - لبنان ، الطبعة الأولى (١٤١٨ هـ - ١٩٩٧ م) .

- ٢١٩- المرغيناني ، علي بن أبي بكر الفرغاني ، الهداية شرح بداية المبتدي ، تحقيق محمد عدنان درويش ، دار الأرقم للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت .
- ٢٢٠- مرقس ، سليمان ، شرح القانون المدني في الالتزامات ، المطبعة العالمية ، القاهرة (١٩٦٤ م) .
- ٢٢١- مرقس ، سليمان ، نظرية العقد ، دار النشر للجامعات المصرية ، القاهرة ، (١٩٥٦ م) .
- ٢٢٢- المزي ، جمال الدين أبي الحجاج ، تهذيب الكمال في أسماء الرجال ، حققه وضبط نصّه وعلق عليه بشار عواد معروف ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، الطبعة الأولى (١٤١٣ هـ - ١٩٩٢ م) .
- ٢٢٣- مسلم ، أبو الحسين مسلم بن الحجاج النيسابوري ، صحيح مسلم ، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي ، مطبعة دار إحياء الكتب العربية ، شركة فيصل عيسى البابي الحلبي ، القاهرة .
- ٢٢٤- المطيعي ، محمد نجيب ، تكملة المجموع شرح المذهب للشيرازي ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت - لبنان ، الطبعة الأولى (١٤٢٢ هـ - ٢٠٠١ م) .
- ٢٢٥- ابن مفلح ، إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ، المبدع شرح المقنع ، تحقيق محمد حسن محمد حسن إسماعيل ، منشورات محمد علي بيضون ، دار الكتب العلمية ، بيروت - لبنان ، الطبعة الأولى ، (١٤١٨ هـ - ١٩٩٧ م) .
- ٢٢٦- ابن مفلح ، شمس الدين المقدسي أبي عبد الله محمد ، الفروع ، عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت - لبنان .
- ٢٢٧- ابن الملقن ، عمر بن علي بن أحمد ، العقد المذهب في طبقات حملة المذهب ، حققه وعلق عليه أيمن نصر الأزهرى ، وسيد مهتي ، منشورات محمد علي بيضون ، دار الكتب العلمية ، بيروت - لبنان ، الطبعة الأولى (١٤١٥ هـ - ١٩٩٧ م) .
- ٢٢٨- منصور ، محمد خالد ، بحث بعنوان : " تغير قيمة النقود وتأثر ذلك بنظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي المقارن " ، منشور في مجلة دراسات (العلوم الإنسانية) تصدر عن عمادة البحث العلمي ، الجامعة الأردنية ، المجلد (٢٥) ، العدد (١) (١٩٩٨ م - ١٤١٩ هـ) .
- ٢٢٩- ابن منظور ، جمال الدين أبي الفضل محمد ، لسان العرب ، تحقيق مكتب تحقيق التراث ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت - لبنان ، الطبعة الثانية (١٤١٣ هـ - ١٩٩٣ م) .
- ٢٣٠- المنوفي ، علي بن خلف ، كفاية الطالب الرباني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني ، حققه أحمد حمدي إمام ، أشرف على طبعه وراجعها السيد علي الهاشمي ، مطبعة المدني ، القاهرة ، الطبعة الأولى (١٤٠٩ هـ - ١٩٨٩ م) .
- ٢٣١- ابن مهنا ، أحمد بن غنيم بن سالم ، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني ، تحقيق عبد الوارث محمد علي ، منشورات محمد علي بيضون ، دار الكتب العلمية ، بيروت - لبنان ، الطبعة الأولى (١٤١٨ هـ - ١٩٩٧ م) .

- ٢٣٢- موافي ، أحمد ، الضرر في الفقه الإسلامي (تعريفه ، أنواعه ، علاقاته ، ضوابطه ، جزاؤه) ، دار ابن عفان للنشر والتوزيع ، السعودية ، الطبعة الأولى (١٤١٨ هـ - ١٩٩٧ م) .
- ٢٣٣- ابن مودود ، عبد الله بن محمود ، الاختيار لتعليل المختار ، علق عليه الشيخ محمود أبو دقيقة ، دار المعرفة للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت - لبنان .
- ٢٣٤- المومني ، أحمد سعيد ، مسؤولية المقاول والمهندس في عقد المقاولة ، مكتبة المنار للنشر والتوزيع ، الأردن ، الطبعة الأولى (١٤٠٧ هـ - ١٩٨٧ م) .
- ٢٣٥- مياره ، محمد بن أحمد بن محمد ، شرح مياره الفاسي على تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام لأبي بكر محمد بن عاصم ، ضبطه وصححه عبد اللطيف حسن عبد الرحمن ، منشورات محمد علي بيضون ، دار الكتب العلمية ، بيروت - لبنان ، الطبعة الأولى (١٤٢٠ هـ - ٢٠٠٠ م) .
- ٢٣٦- ناجي ، غازي عبد الرحمن ، التوازن الاقتصادي في العقد أثناء تنفيذه ، منشورات مركز البحوث القانونية ، وزارة العدل ، بغداد (١٩٨٦ م) .
- ٢٣٧- الناهي ، صلاح الدين عبد اللطيف ، بحث بعنوان : ' بين الترفق والتعسف في استعمال الحقوق في الشرع الإسلامي والقوانين المدنية العربية (المصرية ، العراقية ، والأردنية ، والكويتية ، والسورية ، وفي فلسفتي القانون والأخلاق ، دراسة تحليلية موازنة) منشور في المجلة العربية للفقه والقضاء ، تصدرها الأمانة العامة لمجلس وزراء العرب ، جامعة الدول العربية ، العدد الرابع ١٩٨٦ م .
- ٢٣٨- ابن النجار ، محمد بن أحمد الفتوح ، منتهى الإرادات في جمع المقنع مع التنقيح وزيادات ، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي ، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت - لبنان ، الطبعة الأولى (١٤١٩ هـ - ١٩٩٩ م) .
- ٢٣٩- ابن نجم ، زين العابدين بن إبراهيم ، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان ، دار الكتب العلمية ، بيروت - لبنان ، الطبعة الأولى (١٤١٣ هـ - ١٩٩٣ م) .
- ٢٤٠- النسائي ، أحمد بن شعيب بن علي ، سنن النسائي بشرح الحافظ جلال الدين السيوطي ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت - لبنان ، الطبعة الأولى (١٣٤٨ هـ - ١٩٣٠ م) .
- ٢٤١- النسفي ، عبد الله بن أحمد بن محمود ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، تحقيق زكريا عميرات ، منشورات محمد علي بيضون ، دار الكتب العلمية ، بيروت - لبنان ، الطبعة الأولى ، (١٤١٧ هـ - ١٩٩٧ م) .
- ٢٤٢- ابن نصر ، عبد الوهاب علي ، المعونة على مذهب عالم المدنية ، تحقيق محمد حسن إسماعيل ، منشورات محمد علي بيضون ، دار الكتب العلمية ، بيروت - لبنان ، الطبعة الأولى (١٤١٨ هـ - ١٩٩٨ م) .

- ٢٤٣- نظام وآخرون ، الفتاوى الهندية ، المعروفة بالفتاوى المالكية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان ، ضبطه وصححه عبد اللطيف حسن عبد الرحمن ، منشورات محمد علي بيضون ، دار الكتب العلمية ، بيروت - لبنان ، الطبعة الأولى (١٤٢١ هـ - ٢٠٠٠ م) .
- ٢٤٤- النعيمي ، فاضل شاكِر ، نظرية الظروف الطارئة بين الشريعة والقانون ، طبع بمطبعة دار الجاحظ ، بغداد ، سنة ١٩٦٩ م .
- ٢٤٥- النووي ، يحيى بن شرف ، صحيح مسلم بشرح النووي ، تحقيق وتعليق مصطفى البغا ، دار العلوم الإنسانية ، دمشق ، الطبعة الأولى (١٤١٨ هـ - ١٩٩٧ م) .
- ٢٤٦- النووي ، للإمام أبي زكريا يحيى بن شرف ، روضة الطالبين ، تحقيق عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض ، دار الكتب العلمية ، بيروت - لبنان .
- ٢٤٧- الهروي ، نور الدين أبي الحسن علي بن سلطان بن محمد ، فتح باب العناية بشرح الثقاية ، قدم له خليل الميس ، اعتنى به محمد نزار تميم وهيثم نزار تميم ، دار الأرقم ، بيروت - لبنان ، الطبعة الأولى (١٤١٨ هـ - ١٩٩٥ م) .
- ٢٤٨- ابن الهمام ، كمال الدين محمد بن عبد الواحد ، شرح فتح القدير على الهداية شرح بداية المبتدي ، تحقيق عبد الرزاق غالب المهدي ، دار الكتب العلمية ، بيروت - لبنان ، الطبعة الأولى (١٤١٥ هـ - ١٩٩٥ م) .
- ٢٤٩- الهيثمي ، أحمد بن حجر ، تحفة المحتاج بشرح المنهاج ، تحقيق عبد الله محمود محمد عمر ، منشورات محمد علي بيضون ، دار الكتب العلمية ، بيروت - لبنان ، الطبعة الأولى (١٤٢١ هـ - ٢٠٠١ م) .
- ٢٥٠- أبو يعلى ، أبو الحسن محمد ، طبقات الحنابلة ، دار المعرفة ، بيروت - لبنان .
- ٢٥١- أبو يعلى ، أحمد بن علي بن المثنى ، مسند أبي يعلى ، حققه وخرج أحاديثه حسين سليم أسد ، دار المأمون للتراث ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى (١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨ م) .

فهرس

الإهداء	٥
الشكر	٧
مقدمة	١١

فصل تمهيدى

مدخل إلى العذر الطارئ فى الفقه الإسلامى

المبحث الأول: حقيقة عقود المعاوضات المالية	٢٥
المطلب الأول: تعريف المعاوضة لغة واصطلاحاً	٢٥
أولاً: المعاوضة لغة	٢٥
ثانياً: المعاوضة اصطلاحاً	٢٥
المطلب الثانى: بيان أنواع المعاوضات	٢٨
النوع الأول: المعاوضة المحضة	٢٨
النوع الثانى: المعاوضة غير المحضة	٢٩
المبحث الثانى: طرق انقضاء العقد فى الفقه الإسلامى	٣٠
أولاً: انقضاء العقد اختيارياً	٣٠
١- الفسخ	٣٠
٢- الإقالة	٣٢
٣- تنفيذ الالتزامات الواردة فى العقد	٣٢

ثانياً: انقضاء العقد اضطرارياً	٣٣
١- موت أحد العاقدين أو كليهما	٣٣
٢- استحالة تنفيذ العقد	٣٣
٣- تعذر تنفيذ العقد لعذر ما	٣٣
المبحث الثالث: أهمية الأخذ بمبدأ العذر الطارئ في عقود المعاوضات المالية	
في الفقه الإسلامي	٣٤
١- معالجة الاختلال الحاصل في التوازن الاقتصادي للعقد بسبب	
الظرف الطارئ	٣٥
٢- رفع الضرر، وقطع أسبابه، مقصد شرعي، تقتضيه التدابير الشرعية	
في الحقوق كافة، لا سيما المعاملات منها	٣٧
٣- رفع الحرج والعنت عن الناس في سبيل إرادة التخفيف والتيسير	
بهم في معاملاتهم، وذلك من خلال إعمال قاعدة رفع الحرج	
والتيسير في باب المعاملات	٣٩
٤- رفع النزاع والخلاف بين المتعاقدين، وهذا يستلزم إعمال مبدأ	
العذر الطارئ، كمبدأ تشريعي يعالج سبب النزاع والخلاف، في	
ظل تغير الظروف، وهو فقدان التساوي	٤١
٥- تقييد القوة الملزمة للعقد، اقتضاء لما يوجب، ووفق ما يعرب عنه	
مبدأ العذر الطارئ من أسس وضوابط، مما يترتب عليه، التخفيف	
من الغلو في قوته الملزمة، حفظاً لمبدأ الرضاية فيه	٤٢
٦- منع الدائن من التعسف في استعمال حقه، من خلال تمسكه بالقوة	
الملزمة للعقد، في ظلّ الظرف الطارئ في الوقت الذي يتعسر على	
المتعاقدين المنكوب الاستمرار في موجب العقد إلا بضرر فاحش	٤٣
٧- بيان قدرة الفقه الإسلامي على إيجاد الوسائل القادرة على مواجهة	
المشكلات التي تتعرض لها المعاملات في بابها، وذلك بما يتفق مع	
قواعده العامة وأصوله الكلية	٤٤

الفصل الأول

العذر الطارئ (حقيقته، وأنواعه، ومجالاته، وأساسه، وشروطه وضوابطه)

- المبحث الأول: حقيقة العذر الطارئ ٤٩
- المطلب الأول: العذر الطارئ لغة ٤٩
- العذر لغة ٤٩
- الطارئ لغة ٥١
- المطلب الثاني: العذر الطارئ اصطلاحاً ٥٢
- أولاً: المعنى العام ٥٢
- ثانياً: المعنى الخاص ٥٩
- المبحث الثاني: الألفاظ ذات الصلة بالعذر الطارئ ٦٣
- المطلب الأول: صلة العذر الطارئ بمبدأ الضرورة، أو ما يسد مسدها .. ٦٣
- حقيقة الضرورة ٦٤
- أوجه الاتفاق ٦٧
- أوجه الاختلاف ٦٩
- المطلب الثاني: صلة العذر الطارئ بمبدأ التعسف ٧١
- حقيقة التعسف ٧١
- أوجه الاتفاق ٧٥
- أوجه الاختلاف ٧٩
- المطلب الثالث: صلة العذر الطارئ بمبدأ الجوائح ٨٣
- حقيقة الجائحة ٨٣
- حكم وضع الجائحة ٩١
- العلاقة بين مبدأ الجوائح ومبدأ العذر الطارئ ١٠٦
- أوجه الاتفاق ١٠٨
- أوجه الاختلاف ١٠٩

المبحث الثالث: أنواع العذر الطارئ	١٢٤
الأول: العذر العام	١٢٤
- صورته	١٢٤
- أثره	١٢٥
- حكمه	١٢٥
الثاني: العذر الخاص	١٢٧
الأول: تقسيم العذر الطارئ باعتبار محل تأثيره	١٢٨
أ- المالي	١٢٨
ب- البدني	١٢٩
ج- النفسي	١٣٠
الثاني: تقسيم العذر الطارئ باعتبار مصدره	١٣١
أ- السماوي	١٣١
ب- المكتسب	١٣٢
الثالث: تقسيم العذر الطارئ باعتبار طبيعته	١٣٣
أ- الموضوعي	١٣٣
ب- الشخصي	١٣٤
ج- الشرعي	١٣٤
الرابع: تقسيم العذر الطارئ باعتبار توقعه وعدمه	١٣٥
أ- المتوقع	١٣٦
ب- غير المتوقع	١٣٦
المبحث الرابع: مجال تطبيق العذر الطارئ في العقود	١٣٧
المطلب الأول: العقود التي يدخلها مبدأ العذر الطارئ	١٣٧
أ- العقود اللازمة	١٣٧
النوع الأول: العقود اللازمة للطرفين	١٣٨
أ- نوع لا يقبل الفسخ مطلقاً	١٣٨

- ب- نوع يقبل الفسخ باتفاق أطراف العقد ١٤٠
- النوع الثاني: العقود اللازمة لأحد العاقدين، وغير
- لازمة بالنسبة للعاقد الآخر ١٤١
- ب- عقود المدة ١٤٢
- النوع الأول: العقود الزمنية المستمرة ١٤٢
- النوع الثاني: العقود الزمنية الدورية ١٤٢
- ج- العقود المالية التبادلية ١٤٤
- النوع الأول: العقود المالية من الطرفين ١٤٤
- النوع الثاني: العقود المالية من أحد الطرفين ١٤٥
- النوع الثالث: العقود غير المالية من الطرفين ١٤٥
- المطلب الثاني: العقود التي لا يدخلها مبدأ العذر الطارئ ١٤٦
- أ- العقود الجائزة ١٤٦
- ب- العقود التي تدخلها الخيارات ١٤٧
- ج- العقود الموقوفة ١٥٠
- د- العقود الفورية في أثرها ١٥١
- المبحث الخامس: الأسس العامة لمبدأ العذر الطارئ في الفقه الإسلامي،
- ومؤيدات ذلك ١٥٢
- أ- الأصول التشريعية العامة ١٥٢
١. القرآن الكريم ١٥٢
٢. السنة النبوية ١٥٧
- ب- الأصول الفقهية الاجتهادية ١٥٩
١. أصل النظر في مآلات الأفعال ١٥٩
٢. قياس العذر الطارئ على العيب في المبيع قبل القبض ١٦٠
- المبحث السادس: شروط مبدأ العذر الطارئ في العقود وضوابطه ومعايره ١٦٤
- المطلب الأول: شروط تطبيق مبدأ العذر الطارئ ١٦٤

- الشرط الأول: أن يكون الالتزام الذي طرأ عليه العذر الطارئ
 ناشئاً عن عقد ١٦٤
- الشرط الثاني: أن يطرأ عذر طارئ بعد إبرام العقد، لم يكن في
 اعتبار العاقلين عند إنشائه ١٦٦
- الشرط الثالث: أن يحدث ضرر زائد نتيجة للعذر الطارئ، لا
 نتيجة للالتزام نفسه ١٦٧
- المطلب الثاني: ضوابط مبدأ العذر الطارئ ومعايره ١٦٨
- ضوابط مبدأ العذر الطارئ ١٦٨
- معايير مبدأ العذر الطارئ ١٧٠
- المعيار الأول: المعيار الموضوعي ١٧٠
- المعيار الثاني: المعيار الشخصي ١٧١

الفصل الثاني

تطبيقات العذر الطارئ في عقود المعاوضات المالية

- المبحث الأول: أثر العذر الطارئ على عقد الإجارة ١٧٥
- المطلب الأول: تعريف الإجارة لغة واصطلاحاً ١٧٥
- الفرع الأول: تعريف الإجارة لغة ١٧٥
- الفرع الثاني: تعريف الإجارة اصطلاحاً ١٧٥
- المطلب الثاني: صفة عقد الإجارة ١٧٧
- المطلب الثالث: أثر العذر الطارئ على عقد الإجارة ١٧٩
- الفرع الأول: تحرير محل الخلاف بين الفقهاء ١٧٩
- الفرع الثاني: سبب الخلاف بين الفقهاء ١٨٤
- الفرع الثالث: حكم فسخ عقد الإجارة بالعذر الطارئ ١٩٥
- المطلب الرابع: الأعذار التي تفسخ بها الإجارة ٢١١
- أولاً: الأعذار التي تلحق طرفي العقد ٢١٢

أ- الأعذار التي تقع في جانب المستأجر	٢١٢
ب- الأعذار التي تقع في جانب المؤجر	٢١٤
ثانياً: الأعذار التي تلحق محل العقد (المعقود عليه)	٢١٥
المطلب الخامس: الأعذار التي لا تعد أسباباً لفسخ الإجارة	٢١٨
المطلب السادس: كيفية فسخ عقد الإجارة بالأعذار	٢٢٠
المبحث الثاني: أثر العذر الطارئ على عقد المزارعة	٢٢٣
المطلب الأول: تعريف المزارعة لغة واصطلاحاً	٢٢٣
الفرع الأول: تعريف المزارعة لغة	٢٢٣
الفرع الثاني: تعريف المزارعة اصطلاحاً	٢٢٣
المطلب الثاني: صفة عقد المزارعة من حيث اللزوم وعدمه	٢٢٤
المطلب الثالث: موقف الفقهاء من فسخ عقد المزارعة بالعذر الطارئ ..	٢٣٢
المطلب الرابع: أنواع العذر الطارئ الموجبة لفسخ عقد المزارعة	٢٣٥
المبحث الثالث: أثر العذر الطارئ على عقد المساقاة	٢٣٧
المطلب الأول: تعريف المساقاة لغة واصطلاحاً	٢٣٧
الفرع الأول: تعريف المساقاة لغة	٢٣٧
الفرع الثاني: تعريف المساقاة اصطلاحاً	٢٣٨
المطلب الثاني: صفة عقد المساقاة من حيث اللزوم وعدمه	٢٣٩
المطلب الثالث: موقف الفقهاء من فسخ عقد المساقاة بالعذر الطارئ ..	٢٤٣
المطلب الرابع: أنواع العذر الطارئ الموجبة لفسخ عقد المساقاة	٢٤٨
المبحث الرابع: أثر العذر الطارئ على عقد المقاولة	٢٥١
المطلب الأول: تعريف المقاولة لغة واصطلاحاً	٢٥١
الفرع الأول: تعريف المقاولة لغة	٢٥١
الفرع الثاني: تعريف المقاولة اصطلاحاً	٢٥١
المطلب الثاني: التكييف الفقهي لعقد المقاولة	٢٥٣
المطلب الثالث: الموقف الفقهي من فسخ عقد المقاولة بالعذر الطارئ ..	٢٥٥

المبحث الخامس: أثر العذر الطارئ على عقد التوريد	٢٦٢
المطلب الأول: تعريف التوريد لغة واصطلاحاً	٢٦٢
الفرع الأول: تعريف التوريد لغة	٢٦٢
الفرع الثاني: تعريف التوريد اصطلاحاً	٢٦٢
المطلب الثاني: التكييف الفقهي لعقد التوريد	٢٦٤
- تحرير محل الخلاف بين الفقهاء	٢٦٦
- سبب الخلاف بين الفقهاء	٢٦٦
- حكم بيع العين الغائبة على الصفة	٢٦٧
المطلب الثالث: الموقف الفقهي من فسخ عقد التوريد بالعذر الطارئ ..	٢٨٧

الفصل الثالث

مقارنة العذر الطارئ في الفقه الإسلامي بنظرية الظروف الطارئة في القانون الوضعي

المبحث الأول: حقيقة الظروف الطارئة في القانون الوضعي	٢٩٩
المطلب الأول: تعريف الظروف الطارئة في القانون الوضعي	٢٩٩
المطلب الثاني: صلة الظروف الطارئة بالقوة القاهرة	٣٠٢
أ- أوجه الاتفاق بين العذر الطارئ والقوة القاهرة	٣٠٣
١- من جهة السبب	٣٠٣
٢- من جهة المعيار	٣٠٣
٣- من جهة المنشأ	٣٠٣
٤- من جهة الاعتداد بهما	٣٠٣
ب- أوجه الخلاف بين الظرف الطارئ والقوة القاهرة	٣٠٤
١- من جهة الأثر	٣٠٤
٢- من جهة الجزاء	٣٠٤
المبحث الثاني: مجال تطبيق نظرية الظروف الطارئة	٣٠٥
١- العقود المحددة، وهي على نوعين	٣٠٥

النوع الأول: عقود المدة	٣٠٦
النوع الثاني: العقود الفورية	٣٠٦
٢- العقود الاحتمالية	٣١٠
٣- العقود الملزمة للطرفين، والملزمة لطرف واحد	٣١٢
المبحث الثالث: شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة	٣١٥
الشرط الأول: أن يكون الالتزام الذي تثار بشأنه نظرية الظروف الطارئة تعاقدياً	٣١٥
الشرط الثاني: أن يكون الظرف الطارئ ناشئاً عن حادث استثنائي عام، غير متوقع، ولا يمكن دفعه	٣١٦
الشرط الثالث: أن يجعل الحادث الاستثنائي تنفيذ العقد مرهقاً للمدين، لا مستحيلاً	٣١٧
المبحث الرابع: حكم نظرية الظروف الطارئة «الآثار المترتبة على اعتبارها»	٣١٩
المبحث الخامس: أوجه الاتفاق والاختلاف بين العذر الطارئ ونظرية الظروف الطارئة	٣٢١
المطلب الأول: من حيث السبب الموجب للظرف الطارئ	٣٢١
المطلب الثاني: من حيث محل الظرف الطارئ	٣٢٢
المطلب الثالث: من حيث الجزاء المترتب على الظرف الطارئ	٣٢٣
المطلب الرابع: من حيث الشروط الموجبة للظرف الطارئ	٣٢٥
المبحث السادس: مدى صلاحية العذر الطارئ أساساً لنظرية الظروف الطارئة	٣٢٨
الخاتمة	٣٣١
قائمة المصادر والمراجع	٣٣٩
الفهرس	٣٥٩

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس

www.moswarat.com

www.moswarat.com



العذر وأثره في

عقود المعاوضات المالية

في الفقه الإسلامي



ISBN 9957-477-74-9



9 79957 477744



دار النفائس

للطباعة والنشر